

THÈSE DE
PARIS.
1887.
N^o. 33.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE

STIPULATIONE SERVORUM

DROIT FRANÇAIS

DE L'ABSENCE

RELATIVEMENT AU MARIAGE

ET AUX

EFFETS DU MARIAGE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

MARCEL CORNU

AVOCAT

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1887



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

Paris. - Imp. du Fort-Carré, 49, Chaussée-d'Antin (A. Duroy, D').

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

—
DE

STIPULATIONE SERVORUM

DROIT FRANÇAIS

DE L'ABSENCE

RELATIVEMENT AU MARIAGE

ET AUX

EFFETS DU MARIAGE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le jeudi 17 février 1887 à une heure

PAR

MARCEL CORNU

AVOCAT

Président : M. BUFNOIR

SUFFRAGANTS :	{	MM. DESJARDINS	} <i>Professeurs.</i>
		GARSONNET	
		ESMEIN. <i>Agrégé</i>	

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1887

A MON PÈRE

A MA MÈRE

DROIT ROMAIN

DE STIPULATIONE SERVORUM

INTRODUCTION

La matière de l'esclavage chez les peuples anciens et principalement chez les Romains est une de celles qui ont été le plus étudiées ; elle offre en effet un grand intérêt et cela à des points de vue divers :

L'historien et le moraliste recherchent la condition sociale et politique de l'esclave, l'origine et la justification de l'esclavage, tout au moins son explication eu égard aux mœurs et aux temps ; peut-être même y verront-ils une phase nécessaire dans l'évolution de l'humanité.

Le jurisconsulte s'appliquera plutôt à analyser la condition juridique de l'esclave, et son rôle dans le domaine des droits privés : droits de famille, droits sur les biens.

Même dans cette sphère l'étude peut encore se spécialiser ; on peut s'efforcer de dégager la personnalité de l'esclave du milieu des textes qui semblent si

formels pour la nier (1); ou bien au contraire, envisager l'esclave comme un instrument d'acquisition au profit de son maître. — Le premier de ces deux points de vue a été traité récemment avec une véritable autorité (2); nous avons dû nous rejeter sur le second sans nous flatter d'avoir le même bonheur.

Mais nous n'étudierons pas toutes les acquisitions qu'un esclave peut réaliser au profit de son maître (droits réels, droits de créance, possession, hérédités), un tel cadre serait beaucoup trop vaste; nous avons choisi l'acquisition d'un droit de créance par le contrat type en Droit romain : la stipulation. Ce contrat nous a paru le plus propre à l'étude spéciale que nous nous proposons de faire, parce qu'il est essentiellement unilatéral; or, dans un contrat synallagmatique nous aurions été amené forcément à parler corrélativement à la créance acquise au maître de l'obligation qui naissait contre lui, ce qui déplaçait aussitôt le terrain sur lequel nous voulions nous maintenir. C'est pour cela que dans le contrat de stipulation nous ne considérerons que l'esclave stipulant et non l'esclave promettant. — D'ailleurs ce contrat, grâce à sa souplesse, et aux nombreuses combinaisons auxquelles les Romains surent le prêter, offrait à lui seul un champ d'investigations suffisamment vaste.

Nos sources directes sont : trois titres des *Institutes*.

Lib. II, tit. 9. *Per quas personas nobis adquiritur*.

Lib. III, tit. 17. *De stipulatione servorum* et tit. 28, *per quas personas nobis obligatio adquiritur* (3).

(1) *Quod attinet ad jus civile servi pro nullis habentur*, L. 32, L. 17, *De diversis reg. jur.*

(2) V. *Thèse de Paris*, 1884, Gontard.

(3) Certaines éditions du *Corpus juris* donnent à ces deux titres des *Institutes* les numéros 18 et 29 (V. Freiesleben, Haloander, Hotman, Russardo, Cons.); cette différence de numérotage, qui n'a d'ailleurs aucune importance, provient du dédoublement du titre IV, *De gradibus cognatio-*

Et au Digeste, le titre 3 du livre XLV, *De stipulatione servorum*. Au Code de Justinien, nous n'avons rencontré qu'un petit nombre de textes disséminés, non groupés sous une rubrique spéciale. Mais en dehors de ces titres, notre soin s'est porté tout particulièrement à réunir tous les textes se rattachant par quelque côté à notre sujet, à les coordonner méthodiquement, en analysant l'espèce qu'ils contiennent et en dégagant les principes dont ils fournissent des applications pour ainsi dire vivantes.

Cette marche nous a paru la seule qui pût être suivie dans une matière qui touche à presque toutes les parties du Droit romain et où une théorie générale semble bien impossible à construire; de plus c'est la marche que les jurisconsultes romains eux-mêmes ont suivie puisqu'ils ne procédaient pas en posant des principes.

Nous ne nous dissimulons pas, ce qu'un pareil travail a d'aride et d'abstrait surtout au point de vue de notre droit moderne qui ne connaît plus, heureusement, ni l'esclavage, ni la stipulation.

Néanmoins il nous a paru utile de réunir en un tout aussi complet que possible les nombreuses notions éparses dans les textes qui visent des stipulations d'esclaves, et dont l'infinie variété préservera, du moins nous l'espérons, notre étude de l'écueil de la monotonie.

nis, dans ce même livre III ; le paragraphe 10, *Illud certum est ad serviles cognationes.....* a été pris par les Romanistes que nous venons de citer pour le *principium* d'un titre qui aurait eu pour rubrique : *De servili cognatione* ; il y a en effet, paraît-il, dans le manuscrit, un certain espace laissé en blanc, mais qui avait été plutôt destiné à tracer un arbre généalogique, car les paragraphes 11 et 13 de notre titre sont absolument étrangers à la *servilis cognatio*, ils continuent la matière précédente et prouvent que le tout doit être considéré comme ne formant qu'un seul titre. (V. *Manuale juris synopticum*, de Pellat, ad. § 9, *Hujus tituli*.)

Quelques explications préalables sur la conception juridique de l'esclavage au point de vue spécial que nous avons choisi, et sur le rôle de l'esclave dans la stipulation sont indispensables.

« La *servitus*, dit Pellat (1), est un état de privation absolue de droit, d'où l'esclave est assimilé aux animaux dans maints textes. Mais l'esclave est à l'égard de son maître tout à la fois une chose et une personne. Le maître a en même temps le droit de propriété, *dominium*, qui s'adresse à la chose, et le droit de puissance, *potestas*, qui s'adresse à la personne: ce qui fait que l'esclave pouvait augmenter les biens de son maître non seulement par son corps et ses services physiques comme fait un animal, mais encore par ses services intellectuels. » Pellat fait remarquer la corrélation entre les deux expressions: *dominica potestas* sur les esclaves, *patria potestas*, sur les fils de famille (2).

Voici donc deux formules: 1° l'esclavage est un état de privation absolue de droit; 2° le maître acquiert par l'intermédiaire de son esclave en vertu de sa *potestas*.

Ces deux formules, si on veut les examiner de très près, ne sont pas identiques, et avec M. de Savigny (3) nous préférons la première: L'esclave, nous dit-il, est frappé d'une incapacité générale, et non pas seulement d'une incapacité dérivant de la représentation forcée de son

(1) Traduction de Marezoll, *Droit privé des Romains*, § 73, p. 194.

(2) A ces deux sortes de puissances, il convient d'ajouter le *mancipium* et la *manus*; c'est une idée commune à toutes les personnes *alieni juris* qu'elles ne peuvent rien posséder en propre (V. Gide, *Étude sur la condition privée de la femme*, 3^e édition, p. 26, note 2, citant Manou VIII, 416; Nombres XXVII, 1, 8, Gans, *Erbrecht*, I, p. 118.) Cette idée qui paraît bien essentielle est contestée cependant, mais au point de vue philosophique et non pas au point de vue de l'interprétation des textes du Droit romain, par Puffendorf et Barbeyrac, *Droit de la nature et des gens*, lib. VI, cap. III, n^{os} 4 et sq., mais ce système dérive de l'origine contractuelle que ces auteurs assignent à l'esclavage. (*Contra*, Hobbes, *de Cive*, cap. VIII, § 5.)

(3) *Traité de Droit romain*, II, p. 28 et sq.

maître ; cette représentation explique bien que l'esclave acquiert des droits pour son maître par mancipation ou stipulation et ne devient lui-même ni propriétaire ni créancier, mais non pourquoi il ne peut se marier et avoir une parenté et *surtout pourquoi les esclaves sans maîtres indépendamment de toute potestas sont aussi incapables que les autres esclaves*. Bien que l'institution de l'esclavage ait été conçue et développée en vue de l'autorité d'un maître, on admet un esclavage en soi comme un état qui continue de subsister et de produire ses effets quand même l'esclave se trouve accidentellement sans maître.

Cette remarque faite, et sauf à nous préoccuper ultérieurement de la situation de l'esclave qui n'a pas de maître, envisageons la situation normale de l'esclave qui a un maître : pourquoi l'esclave stipulant acquiert-il à son maître ? Pellat se borne à indiquer la *potestas* pour fondement de cette acquisition.

M. de Savigny, qui cependant avait parfaitement dégagé la notion de l'incapacité absolue qui frappe l'esclave indépendamment de toute *potestas* s'exerçant directement sur lui, est moins exact, croyons-nous, lorsqu'il parle de représentation forcée du maître par son esclave ; l'idée de mandat ou de représentation peut bien suffire à expliquer pourquoi l'esclave acquiert à son maître lorsqu'il agit par son ordre ou tout au moins de son consentement ; dans ce dernier cas il y a mandat tacite ; nous accepterions encore cette notion pour le cas où l'esclave stipule à l'insu du maître ; il y a là une sorte de gestion d'affaire ; on comprend que le maître ne puisse pas surveiller dans tous ces détails la gestion de son esclave ; mais les textes vont plus loin, ils décident que l'esclave stipulant acquiert à son maître *etiam inuito* : c'est en vue de cette hypothèse que M. de

Savigny parle de *représentation forcée* ; à notre avis, il y a quelque chose de contradictoire dans ces expressions.

Le texte principal contenant la solution dont nous recherchons le fondement est la loi 62 au Digeste, titre *de verborum obligationibus* ; il est ainsi conçu (1) : *Servus vetante domino si pecuniam ab alio stipulatus sit, nihilominus obligat domino promissorem*. Cette loi semble avoir fort tourmenté les vieux romanistes ; Cujas (2), cependant, se borne à dire : *nec enim quod acquirit servus domino beneficium est, sed necessitas juris quam potestas herilis inducit*. — Il répond ainsi à une objection que certains docteurs ne manquaient pas de soulever et qu'ils tiraient de cette règle le droit contenu dans plusieurs lois romaines (3).

Invito beneficium non datur, ou encore *non potest liberalitas nolenti adquiri*. Ces docteurs, dont parle Doneau (4), *qui æquitate rei moti et maxime superioribus regulis putarint obligationem seu actionem invito non adquiri*, faisaient remarquer que Julien, l'auteur de notre texte, ne dit pas que la stipulation et l'action en découlant est acquise au maître, mais que l'esclave *domino obligat promissorem*, et ils ajoutent en forme de commentaire :

(1) L. 62, *Dig.* XLV, I. *de verb. obl.* cf. l. 32 XLI, I *de adq. rer. dom.* et aux *Instit.* III, 9, § 3.

(2) *Ad. libr.*, II, *Juliani ex Minicio Natali*, tome VI, col. 461. Édition de Naples.

(3) *Dig.* LL. 69, L. 47 *de divers. rég. jur.* 456, § 4, *eod. tit.* — 19, § 2, XXXIX, 5, *de donat.*

Pour que cette objection puisse être soulevée il faut supposer que la stipulation de l'esclave est réellement à titre gratuit, c'est-à-dire qu'elle ne se rattache pas à une valeur que l'esclave aurait déjà fournie, ou qu'il devrait fournir ultérieurement au promettant. Envisagé en lui-même, abstraction faite du *negotium* que les parties ont en vue, le contrat de stipulation n'a pas de nature propre ; on ne peut dire *a priori* s'il est à titre onéreux ou à titre gratuit.

(4) *Œuvres*, édition de Macerata 1833, tome XI, col. 4149 à 4162, la question y est traitée très longuement.

non statim et absolute verum sub conditione si mutata voluntate dominus velit ex ea stipulatione experiri. — Doneau déclare ne pas adhérer à cette interprétation parce que d'une part la loi 62 ne marque pas du tout que l'effet de la stipulation de l'esclave soit subordonné à une condition, et d'autre part à cause des termes très nets de la loi 32 *de adquir, rer. domin. lib. XLI, tit. 1* ainsi conçue: *Etiam invitis nobis per servos adquiritur pene ex omnibus causis* (1). Puis il justifie la décision romaine par cette règle un peu barbare en la forme: *vero naturæ consentaneum est ut qui vult antecedentia idem et consequentia admittere cogatur, quasi ipse eo facto hanc legem et velut necessitatem acquisitionis sibi imposuerit* ; comme application de cette idée il cite notamment l'accroissement forcé entre cohéritiers, puis il compare l'acquisition de l'action *ex stipulatu* à l'acquisition des fruits, du croît des animaux, du part de l'esclave, qui se fait *non tantum ignorantibus sed etiam, si id accidere potest, invitis.* — Cette explication nous paraît de beaucoup préférable à celle de M. de Savigny que nous avons fait connaître plus haut, c'est-à-dire à l'idée d'une *représentation forcée* du maître par son esclave : — la théorie de Doneau a été reprise par un romaniste moderne éminent, Maynz, qui lui a donné le nom de *théorie de l'accession* (2).

(1) Mais nous retrouverons plus tard une hypothèse où effectivement l'acquisition par le maître est subordonnée à la ratification de ce dernier. V. L. 46, XXIII, 3 *de jure dot.* et le § 1 de la sect. III de ce chap..

(2) Cette théorie est assez remarquable pour que nous croyions devoir reproduire *in extenso* cette page de l'éminent professeur (V. t. III, p. 81).

« La famille romaine s'absorbe tout entière dans le chef, le *paterfamilias*, qui réunit en lui les personnalités de tous les membres soumis à son pouvoir ; ce pouvoir se présente sous une apparence aussi complète et aussi absolue que le pouvoir accordé par la loi sur les choses proprement dites. C'est qu'en effet le chef avait acquis les membres de la famille comme on acquérait le domaine des choses, soit en les créant (par la génération), soit en les achetant par la mancipation, c'est par la même raison

Enfin au point de vue pratique on peut observer que le maître aurait assez mauvaise grâce à se plaindre de la stipulation de son esclave, car si l'acquisition ne lui est pas utile, à coup sûr elle ne lui nuit pas. — Doneau ajoute cette raison qui fait encore mieux ressortir la personnalité de l'esclave dont notre texte contient déjà un aveu frappant : l'esclave, dit-il, est doué de facultés comme tous les hommes ; il peut recevoir, stipuler, et il faut bien que ce soit *utiliter* pour le maître, *ne frustra hæc* (ces facultés) *servis videantur relictæ*. Enfin le maître a un moyen de se soustraire aux acquisitions de son esclave, c'est d'en faire la *derelictio*, de même qu'il peut ne pas exercer le droit résultant de la stipulation, ou, si le paiement a été volontairement effectué par le promettant, par exemple entre les mains du même esclave qui avait stipulé, aliéner la chose ou en faire l'abandon : Doneau ajoute encore que le maître peut libérer le débiteur ; nous ne voyons pas de quelle manière ; car les modes de libération des obligations sont *conventionnels*, il faut dans l'acceptilation l'intervention volontaire du débiteur ; à moins que nous ne sup-

que non seulement les membres de la famille étaient dans son domaine, mais qu'il acquérait *forcément, comme par droit d'accession*, tout ce qui était produit par eux. Sous ce dernier rapport cependant les êtres humains soumis au pouvoir du chef présentaient cette particularité : ils enrichissaient la famille non seulement de leurs produits physiques (progéniture et travaux matériels), mais encore du produit de leur activité intellectuelle. C'est-à-dire que conformément à la tendance pratique qui caractérise toutes leurs institutions, les Romains, saisissant l'utilité que cette activité intellectuelle pouvait procurer, admirent que les sujets de la famille tout en étant sans personnalité pour eux-mêmes, étaient capables de faire des actes juridiques pour le père et d'acquérir pour lui les droits qui devaient résulter de ces actes. Et comme les produits de notre chose nous appartiennent forcément, n'importe par qui et dans quelle intention ils ont été créés, de même le père acquiert forcément tout ce qu'un acte juridique posé par ses sujets fait naître de droits, en eût-il lui-même ignoré l'existence, et alors même que ceux qui ont agi l'auraient fait dans toute autre intention. »

positions que cette acceptilation soit reçue par un esclave du promettant agissant à son tour *invito domino*.

Nous avons suffisamment insisté sur l'explication théorique des lois 62 *de verb. obl. et* 32 *de adq. rer. dom.* (1) qui nous ont permis de dégager le fondement même de l'acquisition de l'esclave au profit de son maître.

Disons maintenant quelques mots du rôle des esclaves dans les actes juridiques : les Romains, comme le fait remarquer Maynz (2) utilisèrent l'activité intellectuelle de leurs esclaves, ils se déchargèrent sur eux du fardeau de l'administration de leurs propres affaires (3). Sans parler des concessions de pécules qu'ils leur faisaient, et qui constituaient pour les esclaves de petits patrimoines, c'est un fait reconnu que les gens d'un certain rang n'aimaient pas à figurer en personne dans les contrats (4) ; leurs esclaves étaient donc naturellement désignés pour les représenter ; c'est ce qui fit l'importance des actions *adjectitiæ qualitatis*. — Mais bornons-nous au rôle de l'esclave stipulant. La stipulation, contrat de droit strict par excellence, exigeait avant tout *la présence des parties* : par l'intermédiaire de ses esclaves le maître pouvait en plusieurs endroits à la fois conclure des stipulations sur des bases arrêtées

(1) Nous les retrouverons un peu plus loin à l'occasion de quelques applications pratiques.

(2) *Op. et loc. cit.*

(3) V. Machelard, *Obligat. natur.*, p. 487, et de Savigny, t. II. *Traité de Droit romain*, p. 53.

(4) Accarias, t. II, p. 4177, note 2, citant l. 5, § 4, XXVI, 8, *de auctoritate et consensu tut. et curat.*..... *solent honestiores non pati nomina sua instrumentis inscribi*. Cf. Code de Justinien, l. 14, VIII, 38, *de contrahenda stipulatione* : *In multis enim contractibus maxime in foneratitiis cautionibus solitum est adscribi, stipulationes per certos servos celebrari... cum itaque satis utile est in contractibus et servos adhiberi et presentes esse personas adscribi forte propter personas dignitate excelsas vel mulieres, quas naturalis pudor nominibus perperam sese manifestare conculit*.....

à l'avance ; et ce rôle ne pouvait être joué que par un esclave, puisque les Romains n'admettaient pas la représentation par autrui dans les actes juridiques.

Cette intervention des esclaves présentait encore une utilité légèrement plus grande, si avec l'opinion commune on admet que jusque dans le dernier état du Droit romain la stipulation demeura un contrat se formant *verbis*, par la prononciation effective d'une interrogation suivie d'une réponse, (1) lesquelles toutefois depuis l'année 469 n'exigeaient plus de formules solennelles (2). L'esclave pouvait donc stipuler pour son maître empêché de prononcer des paroles quelconques par mutisme ou infirmités.

Nous devons indiquer le plan que nous nous sommes tracé :

Notre étude comprendra — outre l'introduction qui précède dans laquelle nous avons indiqué le but et l'objet de notre travail, limité notre sujet et analysé le fondement de cette règle du Droit romain que les esclaves réalisent toutes leurs acquisitions pour leur maître — quatre chapitres :

Dans le premier, nous envisagerons l'esclave appartenant en propriété à un seul maître.

Dans le second, l'esclave qui appartient à plusieurs maîtres.

(1) Sur la forme de la stipulation dans le dernier état du droit V. Gide, *De la novation*, p. 471. Le contrat soi-disant verbal se faisait par écrit, il suffisait d'écrire au bas d'un acte les deux mots *spopondit promisit* ; on n'avait retenu que la formalité qui parût utile et raisonnable, la présence des parties ; en sorte que le contrat verbal aurait pu se définir le contrat, *inter præsentes*. (Voyez pour les preuves Gneist, *Die formellen Verträge*, p. 253. — Comparez au Digeste, loi 57, XXIV, 1, *De don. int. vir. et ux.*, XLV, 1, *De verb. oblig.*, 62 princ., XVII, 1, *Mandati vel contra* ; au Code, loi 3, VIII, 39, *De inut. stip.*, et l. 1, VIII, 38, *De contrahend. stip.* V. encore l. 20, § 1, XV, 3, Digeste, *De in rem verso*).

(2) Code de Justinien, L. 10, VIII, 38, *De contrah. stip.*, Constitut. de Léon.

Dans le troisième, nous réunirons des hypothèses nombreuses d'esclaves appartenant en nue propriété à un maître, en usufruit à un autre, ou seulement grevé à son profit d'un droit d'usage ; d'esclaves possédés de bonne foi par autrui, d'hommes libres possédés de bonne foi comme esclaves, etc...

Dans le quatrième chapitre, nous passerons en revue les différentes hypothèses où un esclave se trouve sans maître.

Enfin dans un *appendice* nous comparerons la situation du fils de famille à celle de l'esclave. — Quant aux quelques rapprochements possibles avec notre ancien droit nous nous bornerons à les indiquer en note au fur et à mesure qu'ils se présenteront.

CHAPITRE PREMIER

DE L'ESCLAVE APPARTENANT EN PLEINE PROPRIÉTÉ A UN SEUL MAÎTRE.

Ce chapitre comprendra quatre sections :

- 1^o Conditions de capacité et de formes de la stipulation faite par un esclave ;
- 2^o Objets divers de cette stipulation ;
- 3^o Effets de cette stipulation ;
- 4^o Application diverses de la stipulation.

APPENDICE : *Du rôle de l'esclave dans le compromis.*

SECTION 1^{re} — CONDITIONS DE CAPACITÉ ET DE FORMES DE LA STIPULATION DES ESCLAVES

§ 1. — Conditions de capacité.

L'esclave, ainsi que nous l'avons vu, n'a aucune capacité propre : en droit ce n'est pas une personne, c'est-à-dire un être susceptible d'être sujet de droits, c'est un instrument animé qui est l'objet du droit de propriété d'un maître. Mais l'esclave stipulera en empruntant la capacité juridique de son maître. *Servus*

ex personâ domini jûs stipulandi habet, disent les *Institutes* (1), ou suivant l'expression très exacte de Théophile *ἐκ ἰῶν προσώπων τῶν οὐκ αὐτῶν δεσποτῶν χαρακτηρίζονται* (2); *servi ex personâ domini personantur*. — Il faut donc que le maître ait la capacité de stipuler; mais il est facile de se rendre compte que cette faculté appartient à tout le monde, même au pérégrin, puisque la stipulation est un contrat du droit des gens, sauf une observation à faire plus tard quant à la formule, même à *l'infans* et au *furiosus*, puisque c'est là rendre leur condition

(1) *Princip.* III, 17, *De stip. serv.*

(2) Nous avons dit que ce sujet n'offrait aucune analogie dans notre droit moderne; dans notre ancien droit, le servage avait remplacé l'esclavage; or si basse que fût la condition des serfs la personnalité juridique leur était cependant reconnue, ils acquéraient donc pour eux-mêmes; mais le droit romain était trop cher à nos vieux auteurs pour qu'ils ne lui aient pas cherché des applications partout et quand même; et ils comparaient l'esclave romain dépourvu de personnalité juridique au *monachus* qui a fait abdication volontaire de la sienne, et qui doit désormais toutes ses acquisitions à son maître, c'est-à-dire à l'abbaye. (V. Bartole, *ad tit. de stip. serv.*, tome III, page 81 de la 2^e part. — Cf. Alciat, II, 486 et 500, et le président A. Favre, *de erroribus Pragmaticorum*, Décade XXVI, err., VIII, Lyon, 1658, p. 495 et sq.... *subjectionem monachalem esse filialem potius quam servilem, cum sit subjectio in Domino, qui pro divinâ suâ bonitate nos omnes pro filiis habet et non pro servis*; néanmoins leur assimilation aux esclaves que fait Bartole est exacte en tant qu'il s'agit de leur incapacité de rien acquérir pour eux-mêmes.

Mais en dehors de la France il y avait de véritables esclaves, et le passage suivant de Lauterbach de l'Université de Tubingue (Wurtemberg) mérite d'être transcrit; *Hæc* (les dispositions que nous allons étudier) *usum hodiernum præstare possunt in mancipiis Turcicis, non vero pertinent ad Agricolas* (les serfs) *homines proprios; licet in iis imaginaria quædam servitus dicatur*; (Un jurisconsulte, nommé Zasius, avait proposé de les appeler *servi Anonymi, quia nec adscriptitii, nec coloni, nec capite censi nec statuli liberi, de omnium tamen natura participantes sunt tamen revera liberi et proinde per stipulationem alios sibi obligare possunt* (Lauterbach, III, p. 561, ad. tit. *de stip. serv.* n° 4, I, p. 70, ad. lit. *de stat. hom.*, n° 13 V. aussi Voet, ad Pandect., ad. tit. 1, libr. XLV, sur la première loi).

Enfin il ne faut pas oublier que l'esclavage exista sinon en France même du moins dans les colonies. V. Pothier, *Traité du domaine de propriété*, n° 255, et qu'il ne fut supprimé que par le décret du 27 avril 1848. Peu auparavant la loi du 18 juillet 1845, article 4, avait proclamé leur droit d'acquérir pour eux-mêmes dans une très large mesure.

meilleure ; seulement ces deux derniers ont bien la capacité de droit, mais non la capacité de fait ; leurs esclaves sont tout naturellement indiqués comme leurs représentants. *Stipulatio non potest confici nisi utroque loquente, et ideo neque mutus, neque surdus, neque infans stipulationem contrahere possunt, nec absens quidem, quoniam exaudire invicem debent ; si quis ex his vult stipulari, per servum praesentem stipuletur, et adquiret ei ex stipulatu actionem* (1).

Ce texte d'Ulpien indique à la fois les diverses utilités qu'offre la représentation du maître par son esclave. Sans doute, le tuteur de l'*infans* et le curateur du *furiosus* pouvaient stipuler dans l'intérêt de l'incapable, mais la règle *nemo alterius nomine stipulari potest* s'opposait à ce que la créance et l'action pussent appartenir directement à cet incapable, il fallait user du détour d'une cession d'action ; l'intervention d'un esclave était donc beaucoup plus simple — c'est ce que nous indique clairement Ulpien : *Quoties tutor pecuniam pupillarem feneratori dat, stipulatio hoc ordine facienda est : stipulari enim debet aut pupillus, aut servus pupilli*. Mais le texte ajoute ces mots fort importants : *Quod si neque pupillus ejus aetatis erit ut sti-*

(1) L. 1, princ. XLV, 1, *de verb. oblig.* — pour l'esclave du *furiosus*. V, l. 24, XLIV, 7, *de obligat. et act.* — Doneau, XI, col. 414, n° 41 et 42 critique un peu subtilement cette idée de représentation ; il dit que l'*infans* ni le *furiosus* ne peuvent être réputés avoir stipulé *per servum*, car *prius est ut per servum id facere velit, quam ut per eum stipuletur*, or ils sont incapables d'avoir une volonté, mais il ajoute : la volonté du maître n'est pas nécessaire (L. 62, *de verb. obl.*) — Ici la notion de la représentation n'est pas, croyons-nous, inexacte en elle-même ; n'appelle-t-on pas le tuteur d'un interdit son mandataire légal, son représentant, art. 450 et 509, C. civ.) ? Sous la réserve des explications que nous avons présentées pour le cas où la volonté contraire du maître est formelle, nous continuerons donc à nous servir de l'expression commode de représentation du maître par l'esclave ; il suffirait d'ailleurs d'entendre le mot représentation dans le sens de communication de personnalité, et non dans le sens de mandat.

pulari possit, neque servum habebit, tunc ipse tutor, quive in ejus potestate erit : quo casu Julianus sæpissime scripsit, utilem actionem pupillo dandam ; sed et si absens sit pupillus oportere tutorem suo nomine stipulari nequaquam ambigendum est (1). Mais tel ne fut certainement pas le droit primitif, car, en réalité, c'était faire brèche au vieux principe rappelé plus haut ; c'est ce que témoigne d'ailleurs la qualification d'*utile* donnée à l'action ainsi acquise par le pupille. — Une autre brèche aux principes se rencontre encore dans la matière concernant les impubères, et cela dans deux hypothèses bien connues. L'une vise leur *adrogation* : la loi romaine voulait que l'adrogeant promît de restituer le patrimoine de l'adrogé impubère aux héritiers que celui-ci mourant encore impubère pourrait laisser ; par qui cette stipulation sera-t-elle reçue ? Ces héritiers sont actuellement, lors de l'adrogation, inconnus, ils ne peuvent donc ni stipuler eux-mêmes ni faire stipuler par leurs esclaves ; on ne peut songer à un esclave de l'impubère lui-même, puisqu'il ne s'agit pas de l'intérêt de celui-ci : les Romains crurent pouvoir appliquer une règle que nous rencontrerons dans le second chapitre de cette étude (2) et que nous formulerons ainsi : L'esclave commun à plusieurs maîtres peut stipuler au profit de tel ou tel de ses maîtres, à sa volonté ; donc un *servus publicus*, commun à tous les citoyens peut stipuler pour les héritiers de l'impubère qui se donne en adrogation (3), mais ce raisonnement, quoique ingénieux, pêche par deux côtés : en effet, il n'est pas exact de dire que le *servus publicus* appartienne en commun à tous les

(1) L. 9, princ. XXVI, 7, *De adm. et peric. tut. et curat.*

(2) V. chapitre II, section II, § 1.

(3) (*Dig.*, L. 18, I, 7, *De adopt.*), mais l'action ne peut être qu'*utile* (L. 40, XXVIII, 6, *De vulg. et pup. subst.*).

citoyens ; ce serait la négation de la personnalité juridique de l'État (1).

Mais de plus ce raisonnement viole une règle essentielle du droit, savoir qu'on ne peut faire acquérir même le germe d'un droit à des personnes non encore conçues ; et tel pouvait se trouver le cas des héritiers éventuels de l'adrogé impubère.

La deuxième hypothèse concerne la *cautio rem pupilli salvam fore* que le tuteur doit fournir au pupille : Ulpien s'exprime ainsi : *Si pupillus absens sit, vel fari non possit : servus ejus stipulabitur. Si servum non habeat : emendus ei servus est ; sed si non sit unde ematur, aut non sit expedita emptio, profecto dicemus servum publicum apud Praetorem stipulari debere* (2). Ulpien ne propose pas, comme dans la loi 9, princ. XXVI, *De adm., et peric* rapportée plus haut, de faire stipuler le tuteur ou quelqu'un placé sous sa puissance : le tuteur ne pouvait en effet dans la même stipulation jouer à la fois le rôle de stipulant ou celui de promettant. Comme précédemment on fait intervenir un *servus publicus* stipulant pour l'un de ses maîtres, le pupille : des deux critiques présentées plus haut, la

(1) Il est vrai que la personnalité juridique de l'État romain a été contestée, mais à un point de vue tout particulier : on a remarqué qu'il n'y avait pas à Rome de juridiction administrative, que par suite l'État romain n'aurait pas pu intenter ni soutenir une action en justice. (V. Dareste, *Thèse de doctorat*, Paris, 1875, *Des contrats passés par l'État*). Nous croyons cependant que cette affirmation que l'État romain ne se servait pas de ses esclaves pour stipuler n'est pas suffisamment justifiée par le motif indiqué. (V. L. 3, XLV, 3, *De stip. serv. : Si servus Reipublicæ, vel municipii, vel colonix stipuletur, puto valere stipulationem*). Sans doute *Respublica* ne signifie pas toujours la République, l'État, mais remarquons qu'il est opposé ici à *municipe* et à *colonie* ; enfin qu'importe que la créance de l'État ne se manifeste pas par une action en justice, mais par l'exécution forcée à laquelle ses représentants procéderont *de plano*, comme les particuliers eux-mêmes pouvaient le faire dans le vieux droit de la *manus injectio*?

(2) *Dig. L. 2, XLVI, 6, Rem. pup. salv. fore*, et l. 1, § 16, XXVII, 8, *de magist. conven.*

seconde ne trouve plus d'application, mais la première se répète avec la même force. — Ici encore la nécessité pratique devait l'emporter sur la rigueur des principes. Les *Institutes* (1), ne nous parlent plus d'un *servus publicus*, mais d'une *persona publica*, c'est-à-dire un *tabularius*, fonction, qui d'abord remplie par des esclaves, leur avait été interdite par Arcadius et Honorius (2), ceci concerne l'hypothèse de l'adrogation; de même le paragraphe 16 de la loi 1 *de magist. conven.*, citée plus haut, nous indique que la *cautio rem pupilli salvam fore* sera reçue à défaut de *servus publicus* par le magistrat lui-même devant qui cette *cautio* doit être fournie. Ulpien, dans la loi 3 *rem pup. vel. adul. salvam fore*, à la suite du passage rapporté également plus haut, dit : *aut dare Praetor aliquem debet cui caveatur*. Dès lors la dérogation aux principes est complète et ne secouvre même plus du voile d'une fiction (3).

Nous venons de parler de stipulations faites par un *servus publicus*, c'est donc que les esclaves d'une *universitas juris*, d'un *corpus*, pouvaient stipuler. Il semble bien qu'il y ait eu d'abord quelque hésitation à l'admettre : Ulpien s'exprime ainsi dans la loi 3 au *Dig.* à notre titre : *Si servus Reipublicae, vel municipii, vel coloniae stipuletur, puto valere stipulationem*. — Ce *puto* est le signe d'une controverse ancienne entre les jurisconsultes ; mais il n'y avait pas plus de difficulté

(1) I, tit. 11, § 3, *de adopt.*

(2) *Code*, l. 3, X, 69, *de tabul.*

(3) Il est intéressant de remarquer soit à propos de l'adrogation, soit à propos de la tutelle, que la notion d'obligations dérivant de la loi seule, telles que les comprend notre art. 1370, *Code civil*, a été absolument étrangère au Droit romain ; lorsque le préteur juge équitable que telle personne soit tenue de telle obligation, il ne croit pas qu'il soit en son pouvoir de la déclarer obligée de par la loi, il l'invite à s'engager elle-même par stipulation, sous des sanctions plus ou moins sévères. (V. *Théorie des stipulationes praetoriae*) ; et de la nécessité où il se trouve souvent amené de recourir aux détours que nous avons étudiés.

à réputer les paroles prononcées par l'*universitas*, personne juridique, qu'à les réputer prononcées par un *infans* ou un muet (1). — La personne juridique étant apte à être sujette de droits acquiert la créance : l'action sera exercée par son représentant : *syndicus, actor*.

Un texte de Paul nous présente une application très intéressante de la stipulation émanant d'un *servus publicus* (2) : Un administrateur d'une cité, *respublica*, que l'on suppose d'abord être un homme libre, était chargé de faire des placements d'argent (*foenerare*) à intérêt, lequel intérêt était fixé par la coutume locale; il arriva que certains débiteurs devinrent insolvable par suite de la négligence de l'administrateur, et que d'autres par suite de leur retard à s'acquitter à l'échéance durent payer des intérêts stipulés (3) à un taux plus élevé que la *consuetudo*. Paul décide que dans le compte, que l'administrateur devra rendre aux autorités de la cité, il pourra faire la compensation des intérêts plus élevés qu'il a perçus avec ceux que sa négligence a fait perdre à la cité, et dont en droit strict il serait responsable. Un associé ne pourrait pas faire une telle compensation (4); mais comme le fait observer Pothier (5), *maiore indulgentia dignum esse Administratorem Rei-*

(1) Cf. pour la condition du serment indiquée dans un legs adressé à un municipe : l. 97, XXXVI, 1, *de cond. et dem.*; et pour l'adition d'hérédité, Règles d'Ulpien, XXII, 5. — Cf. *Dig.*, l. 1, III, 4, *quod cujuscumque univ.* Les Romains doutèrent également un instant que les personnes juridiques pussent acquérir la possession par l'intermédiaire de leurs esclaves parce que la possession étant *potius facti quam juris*, elles ne possédaient pas réellement ces esclaves eux-mêmes. L. 1, § 22, et l. 2, *de adq. vel. amit. posses.* XLI, 2.

(2) L. 11, § 1 XXII, I, *de usuris*, V. Cujas V. col. 1149 et sq).

(3) Il semble bien qu'il y ait eu effectivement une stipulation, mais on sait que par exception les intérêts pouvaient courir au profit des cités en vertu d'une simple pacte (L. 30 *de usuris*).

(4) *Dig.*, L. 23, XXII, 2, *pro socio*.

(5) *Pandectes*, ad. tit. 8, lib. I, *de admin. rer. ad civit. pertin.*, n° 15.

publicæ qui in ea administranda solam ejus utilitatem sectatur, quam socium qui proprium lucrum sectatur.

Puis, et c'est alors que le texte concerne notre sujet, le jurisconsulte pose la même question relativement à un *servus publicus* chargé de faire de tels placements d'argent, et il donne la même solution que pour l'homme libre, c'est-à-dire que la compensation s'opèrera, — la raison particulière de douter était celle-ci : lorsque l'administrateur, qui est un homme libre, a stipulé et perçu des intérêts, il les a acquis pour lui-même, sauf l'obligation d'en rendre compte qui pèse sur lui, tandis que le *servus publicus* n'a rien pu acquérir pour lui-même, mais il a acquis au contraire directement pour la *respublica* ; cependant la même raison d'équité et d'humanité commandait la même solution dans les deux cas, et Paul l'étend même au tuteur administrant la fortune de son pupille (1).

Nous avons dit au début que la capacité de droit de stipuler ferait bien rarement défaut chez le maître, on peut citer cependant l'incapacité de *fœnerare* qui frappe les présidents de province et par suite évidemment leurs esclaves, — et l'incapacité du tuteur relativement aux choses appartenant à son pupille. Nous avons ici un texte précis (2) : *Cum quidam tutor auctoritatem accommodaret pupillæ suæ, ut serco suo stipulanti sponderet, D. Pius rescripsit jure pupillam non teneri, sed in quantum locupletior facta est dandam actionem.* Ce tuteur en usant de l'intermédiaire de son esclave avait cru pouvoir tourner la règle de droit : *In rem suam auctorem tutorem fieri non posse.* Mais c'était ici le cas d'appliquer l'adage : *vox servi, vox domini.*

(1) *Dig.*, L. 16, XXVI, 7, *de adm. et peric. tut.*

(2) L. 1, XXVI, 8, *de auct. et cons. tut.*, ajoutez d'autres cas que nous retrouverons, ch. II, sect. II, § 3.

§ 2. — Des conditions de forme dans la stipulation des esclaves.

On connaît les différentes formules de stipulation : *spondesne? spondeo, promittisne? promitto*, etc., l'esclave pourra user de la même formule que son maître ; ce qui exclut donc la formule *spondesne? spondeo* pour l'esclave d'un pérégrin.

La loi 15, Dig. XLV, 3, *de stip. serv.* dispose en termes généraux que : *sive mihi, sive sibi, sive conseruo suo, sive impersonaliter, dari servus meus stipuletur, mihi adquirit*, ajoutons qu'il peut stipuler pour un fils de famille de son maître. Mais il ne peut stipuler *nominationem alii*, ni pour l'esclave d'autrui (1).

Toutefois le principe posé par la loi 15 comporte des exceptions ; nous en verrons une notable en ce qui concerne les stipulations ayant pour objet un fait ou une abstention ; même dans celles ayant pour objet une *datio*, nous pouvons citer le texte suivant : (2) *Si is servus qui uxori mortis causa donatus est, priusquam vir decederet, stipulatus est, in pendentem puto esse causam obligationis donec vir aut moriatur, aut suspitione mortis propter quam donavit liberetur: quidquid autem incidet quod donationem aut perimat aut confirmet, id quoque causam stipulationis aut confirmabit aut resolvet.* Il s'agit d'une donation faite par un mari à sa femme, donation qui d'après l'*Oratio Antonini* ne peut valoir que comme donation à cause de mort confirmée seulement par le décès de l'époux donateur *in matrimonio et in eadem voluntate* (3). Mais alors ses effets remontaient au jour où elle avait été consentie, ce qui offrait

(1) LL. 30 et 1, § 3, *de stip. serv.*

(2) L. 20, XXIV, 1, *de donation int. vir. et ux.*

(3) L. 32, princ. et § 2, 10, XXIV, 1, *de don. int. vir. et ux.* V. L. 11 princ. et §§ 2 et 9 *eod tit* et l. 40. XXXIX, 6, *de mort. causa donat.*

de l'intérêt notamment pour les acquisitions faites par l'esclave *in pendentî*. Cet esclave étant réputé avoir été sous la *potestas* de la donataire depuis ce jour aura pu stipuler *nominatim* pour elle, tandis que la stipulation qu'il aurait faite *nominatim* pour l'époux donateur tomberait comme faite *extraneo*. (Quand nous traiterons du *servus hereditarius* et du *servus captivi* nous aurons également à insister sur l'importance de la formule employée.) Si la donation venait à être révoquée, nous aurions des solutions inverses. Donc en stipulant *sibi vel impersonaliter*, c'est-à-dire pour son maître d'une façon impersonnelle, celui que l'événement déterminera, l'esclave pare à toute éventualité.

A l'inverse il est un cas où l'esclave devra stipuler non pas *sibi*, mais *nominatim* pour son maître, ou bien encore *impersonaliter* ; *Si servus meus a liberto meo operas sibi dari stipuletur, inutilem stipulationem esse Celsus scribit : aliter atque si non adjecto hoc verbo sibi stipulatus fuerit* (1). Pomponius nous dit encore : *Servus patroni a liberto male ita stipulatur : Operas mihi dare spondes ? itaque patrono dari stipulandum est* (2). Remarquons l'emploi de la stipulation au lieu du contrat *verbis* spécial de *jurata promissio liberti* ou *jusjurandum liberti*, qui était sans doute tombé rapidement en désuétude.

Il nous paraît indispensable, quoique nous n'ayions pas de texte formel, de distinguer entre les différentes sortes d'*operae libertorum*. Il y avait en effet les *operae officiales vel obsequiales*, offrant un caractère essentiellement personnel, dont Ulpien nous dit : *Operae in rerum natura non sunt. Sed officiales quidam futuræ nec cuiquam alii deberi possunt, quam pa-*

(1) L. 38, *De stip. serv.*

(2) L. 10, *princ.* XXVIII, 1. *De oper. libert.*

trono, cum proprietas earum et in edentis personâ et in ejus cui eduntur, constitit. (1) Ce sont celles-là que l'esclave ne peut stipuler *sibi*. — Mais nous pensons qu'il pourrait stipuler dans cette forme les *operæ fabriles, quæ ejus generis sunt ut a quocumque cuicumque solvi possint. Sane enim si in artificio sint, jubente patrono et alii edi possunt*: c'est de ces *operæ* que Pomponius nous dit : *perinde ac pecunia credita petitur*; et Paul : *fabriles operæ, cæteræque quæ in pecuniæ præstatione consistunt, ad heredem transeunt : officiales vero non transeunt* (2).

Quant à la forme de la stipulation, ajoutons que l'esclave pouvait l'affecter des mêmes modalités qu'aurait pu y apposer son maître lui-même. *Quodcumque stipulatur is qui in aliena potestate est, pro eo habetur ac si ipse esset stipulatus. Sicuti cum morietur quis stipulari potest; ita etiam hi, qui subjecti sunt alienæ potestati, cum morientur stipulari possunt.* (3) — En vertu de cette même idée que c'est le maître qui est réputé stipuler par la bouche de son esclave, nous annulerons la stipulation de l'esclave faite *post mortem domini*, (4) mais nous validerons celle qu'il ferait *post mortem suam* (5) alors même que l'esclave survivrait à son maître, car les Romains n'annulaient pas toute modalité qui pouvait n'arriver qu'après la mort de celui au profit de qui la stipulation était faite, mais seulement la modalité qui d'après ses termes mêmes reculait nécessairement, ou semblait reculer (6)

(1) L. L. 9 de *oper. libert.*

(2) LL. 4 et 6, *eod. tit.*

(3) L. 45, XLV, 1 de *verb. oblig.*

(4) *Institut.* III, 18, § 13.

(5) *Fragm. du Vatic.*, § 57.

(6) Nous ne nous arrêtons pas à relever l'étrange confusion commise par les jurisconsultes romains entre la condition qui suspend la naissance de l'action et le terme même *incertain* (et telle est la modalité dont nous nous occupons) qui retarde seulement l'exercice de l'action.

la naissance de l'action jusqu'après la mort du stipulant ; il suffisait donc que l'esclave pût mourir avant son maître ; l'action de toute façon appartiendra aux héritiers du maître. — Nous parlerons plus tard des conditions véritables affectant l'effet même de la stipulation des esclaves.

SECTION II. — DE L'OBJET DE LA STIPULATION DES ESCLAVES

En Droit romain, où les contrats étaient impuissants à déplacer par eux-mêmes la propriété, il faut, pour parler une langue exacte, dire que toute obligation avait essentiellement pour objet un fait. Ce fait pouvait consister dans une translation ou une constitution de droit réel, ce que l'on nomme ordinairement une dation, par opposition aux purs faits et aux abstentions. Cependant l'usage s'est introduit d'étudier séparément les obligations de *dare.*) et les obligations de *facere* (1), nous nous y conformerons :

§ 1. — Des stipulations ayant pour objet une dation.

L'esclave peut stipuler ou un droit de propriété ou un droit de servitude soit réelle : (2) *Servo via inutiliter legatur, stipulatur autem eam utiliter, si dominus fundum habeat* ; soit personnelle : (3) : *Ususfructus do*

(1) *Inst.* III, 15, § 7 de *verb. obl.*,).

(2) *Frag. du Vatic.*, § 56.

(3) *Ibidem*, § 57.

lego servo legatus morte et alienatione servi perit : si stipuletur non perit. Igitur et post mortem suam sicut cœtera usumfructum servus stipulari potest, quod aliter est in legatis. (1)

Ces textes nous fournissent l'occasion d'une comparaison rapide entre le legs et la stipulation. — *Servo via inutiliter legatur* : cette règle posée par le paragraphe 56 des fragments du Vatican est trop absolue, en effet voici comme s'exprime Papinien : (2) *Etsi maxime testamenti factio cum servis alienis ex persona dominorum est ; ea tamen quæ servis relinquuntur ita valent si liberis relicta possent valere : sic ad fundum domini via servo frustra legatur.* Ces mots du texte : *ita valent si liberis relicta possent valere*, le legs (de servitude) adressé à un esclave sera valable s'il pouvait être valablement adressé à un homme libre, sont précisés par un dernier texte : *Servitus quoque servo prædium habenti recte legatur.* (3)

Nous insisterons plus loin sur la portée exacte de l'expression *habere* particulièrement appliquée à un esclave ; contentons-nous de dire ici qu'il ne peut s'agir d'un droit de propriété au profit de l'esclave mais

(1) Cette différence entre le legs et la stipulation est facile à comprendre. Lorsque l'esclave stipule un usufruit, cet usufruit est censé attaché à la personne du maître, c'est en lui que s'apprécieront les causes d'extinction de l'usufruit et il importe peu que l'usufruit ne prenne naissance qu'après la mort de l'esclave (pourvu qu'il meure avant son maître), tandis que le legs d'usufruit adressé à l'esclave est fait *intuitu personæ*, c'est en sa personne que s'apprécieront les causes d'extinction de l'usufruit : le testateur a voulu forcer ainsi le maître à entourer l'esclave de plus de soins puisqu'il est intéressé à prolonger sa vie le plus longtemps possible. — L'usufruit ne saurait donc être légué à l'esclave *post mortem suam* puisqu'il s'éteindrait avant même d'avoir pris naissance. — Justinien innova en cette matière, non en ce qui concerne l'esclave, mais en ce qui concerne le fils de famille : il décida que le legs d'usufruit à lui adressé ne s'éteindrait que par la mort du survivant du père et du fils. (*Code* L. 17, III, 32, *De usufr.*.)

(2) L. 5. XXXIII, 3. *De servit. legata.*

(3) L. 17, § 1, XXXII, *De legat.* 3°.

d'une sorte de possession à titre de concession de pécule par le maître ; la condition posée par Papinien est suffisamment remplie, le legs est susceptible de procurer à l'esclave une utilité de fait tant qu'il demeurera en état d'esclavage, et lorsqu'il sera devenu libre, du moins par un mode d'affranchissement entre vifs, il conservera son pécule (1), y compris le fond dominant, et la servitude léguée lui sera définitivement acquise.

Tout ceci atteste l'*intuitus personæ* qui domine la matière des legs (2).

§ 2. — Des stipulations ayant pour objet un fait.

Les stipulations ayant pour objet un fait ou un abstention demandent des explications plus développées : Les Institutes nous disent (3) : *Sed cum factum in stipulatione continebitur omnimodo persona stipulantis continetur, veluti si servus stipuletur ut sibi ire agere liceat ; ipse enim tantum prohiberi non debet, non etiam dominus ejus.* — Il s'agit ici du droit de passage envisagé comme simple faculté personnelle, et non comme droit réel de servitude, lequel ne saurait en aucune façon appartenir à l'esclave ; de plus on comprendrait mal une véritable servitude appartenant au maître, qui ne pourrait être exercée que par l'un de ses esclaves à l'exclusion du maître lui-même ; enfin la grande question de l'établissement des servitudes par pactes et stipulations (4) pourrait être soulevée à propos de ce texte, mais nous n'avons pas à la discuter,

(1) *Institut.* II, 20, § 20, à moins toutefois qu'il ne lui soit expressément enlevé.

(2) *Fragments du Vatican.* § 75 et 76, *servus cujus persona in legato spectatur.*

(3) III, 17, § 2, *De stip. serv.* V. le commentaire des Institutes par Vinetius, édition d'Heineccius.

(4) *Inst.* II, 4, § 4.

nous pensons seulement avec la majorité des interprètes qu'elle doit être résolue dans le sens de la négative.

Donc l'esclave stipulant pourra seul user de la faculté de passer, mais s'il est empêché de passer, c'est le maître qui exercera l'action *ex stipulatu*. Remarquons qu'à l'inverse si le maître faisait lui-même une telle stipulation pour son propre compte, les textes nous montrent que l'on entendait les paroles dont il s'était servi dans un sens beaucoup plus large, (1) : *Si stipulatus fuero per te non fieri quominus mihi illa domo uti liceat, an etiam si me non prohibeas, uxorem autem meam prohiberes, vel contrà, uxore mea stipulata, me prohibeas, an committatur stipulatio ? et satius est hæc verba sic accipi. Nam et si stipulatus fuero per te non fieri quominus mihi via, itinere actuque uti liceat, et si non me sed alium nomine meo (puta servum) ingredientem prohibeas, sciendum erit committi stipulationem.*

Mais peut-être sommes-nous ici en présence d'une véritable servitude établie régulièrement à titre de droit réel ; une stipulation de peine étant venue, comme cela était si fréquent, renforcer la sanction ordinaire attachée au droit réel ; en ce sens on peut faire ressortir les mots techniques *via, iter, actus*, qui semblent indiquer quelque chose de plus qu'une simple faculté de passer.

Revenons à l'esclave qui a stipulé pour lui-même la faculté de passer : c'est une stipulation qui a pour objet un fait, ou plutôt une abstention, le promettant s'engage à ne pas porter obstacle au passage de l'esclave. Le caractère essentiellement personnel de ces sortes de stipulations, qui s'oppose à ce que le maître use de la faculté de passer, s'opposera-t-il également à la trans-

(1) L. III, XLV, 1, *De verb. obl.* Et comme exemples d'une semblable extension V. LL. 2, 4, 8, *De usu et habit.*, VII, 8, et 21, XLIII, 26, *De precario*.

missibilité à l'héritier du maître non pas de la faculté de passer que celui-ci n'a pas eue, mais de l'action *ex stipulatu*, sanction du droit de l'esclave? Nous ne connaissons pas de texte tranchant la question. On sait que jusqu'à Justinien (1), sous la réserve toutefois des tempéraments qui paraissent avoir été admis vers la fin de l'époque classique (2), les Romains n'admirent la transmissibilité ni activement, ni passivement, des obligations ayant pour objet un fait ou une abstention.

Il est fort difficile de donner une raison satisfaisante d'une décision que le texte cité qualifie de *supervacua scrupulositas*. Différentes explications cependant ont été proposées; la plus commune est celle que Cujas, donne précisément à propos du passage des *Institutes* que nous interprétons (3): *Quia facta*, dit-il, *in actu naturali hominum singulorum consistunt, et natura alius est dominus, alius servus, alius pater, alius filius, licet jure civili pro uno habeantur*. Les faits, dit-on encore, ont une valeur *subjective*, les datations ont une valeur *objective*, — le fait de l'un n'est jamais absolument équivalent au fait de l'autre (4). — Mais cette explication, qui contient une grande part de vérité, est suffisante en ce qui concerne l'intransmissibilité passive des obligations ayant pour objet un fait, ou l'intransmissibilité active de celles ayant pour objet une abstention, mais ne rend pas compte de la décision qui est certainement la même relativement à l'intransmissibilité active des obligations ayant pour objet un fait, et l'intransmissibilité passive des obligations ayant pour objet une abstention, — car

(1) *Code*, L. 13, VIII, 38.

(2) V. L. 38 pr. et § 2, *Dig.*, XLV, 1, *De verb. obl.* et 19 princ. XLVI, 7, *judicatum solvi*.

(3) Cujas, tome I, col. 199 b.

(4) L. 26, *Dig.*, § 12, XII, 6, *De conduct. indeb.*, Accarias, II, p. 232.

dans le premier cas qu'importe que le promettant accomplisse le fait promis au profit du stipulant ou de son héritier, ce sera toujours le même fait, — et dans le second l'héritier du promettant ne peut s'abstenir d'une façon différente de celle de son auteur.

Une autre explication a été proposée (1) : elle est tirée du défaut de symétrie dans la formule de l'action qu'exercerait l'héritier du stipulant d'un fait proprement dit contre le promettant. — En effet, dans les obligations de faire, à la différence des obligations de donner, la formule contient une *intentio incerta* et une *demonstratio*, or la *demonstratio* devrait contenir le nom du stipulant, tandis que la *condemnatio* contiendrait le nom de son héritier, les Romains, dit-on, eussent été choqués de ce défaut de symétrie. — A cette explication ingénieuse, et qui, si elle était vraie, s'appliquerait bien à tous les cas d'intransmissibilité, nous ferons plusieurs réponses : ce défaut de symétrie était très fréquent dans la procédure romaine (2). Il se rencontrait en effet dans toute une catégorie d'actions, celles dites *adjectitiæ qualitatis*, de plus dans tous les cas de *procuratio in rem suam* si fréquents puisque ce fut longtemps le seul moyen de céder les créances et les actions. Sans doute le défaut de symétrie ne se trouvait pas toujours entre la *demonstratio* et la *condemnatio*, il se rencontrait souvent entre l'*intentio* et la *condemnatio*, mais pourquoi aurait-il été moins choquant dans ce dernier cas ? — De plus il faudrait donc conclure à l'intransmissibilité de toutes les actions dont la formule comportait une *demonstratio* ? car les actions sanctionnant les obliga-

(1) Thèse de doctorat de M. Delom de Mezerac, Paris, 1886, p. 43 et sq.

(2) Précisément dans l'hypothèse de notre texte la *demonstratio* ne devra-t-elle pas contenir le nom de l'esclave, qui a stipulé, et qui a été empêché de passer, tandis que la *condemnatio* contiendra le nom de son maître ?

tions de faire ne sont évidemment pas les seules qui renferment cette partie de la formule. Enfin nous ajouterons deux raisons historiques ; la première c'est qu'on peut être surpris de voir cet excès de formalisme relativement aux obligations de faire, car il paraît bien démontré que ces obligations furent sanctionnées beaucoup plus tard que les obligations de donner, donc à une époque où le règne du formalisme tendait plutôt à diminuer ; la seconde raison beaucoup plus forte est que l'explication proposée n'a pas d'autre base que la rédaction de la formule, et que par conséquent elle cesse d'avoir toute espèce de portée avec la chute du système formulaire.

Pour nous, nous préférerions une autre explication tirée de l'incertitude sur le *quantum intersit actoris* (1) dans les obligations de faire. — Sans doute l'héritier du stipulant pourrait exiger du promettant le fait convenu, ce serait bien le même fait, mais à défaut d'exécution volontaire, comme il ne peut pas y avoir d'exécution forcée, le promettant se verra condamner à payer une somme représentative de l'intérêt qu'avait l'héritier du stipulant, demandeur, à l'accomplissement du fait convenu, or le promettant pouvait dire, que lors de la stipulation il avait bien prévu qu'à défaut d'exécution il devrait indemniser le stipulant, avec lequel il contractait, du préjudice qu'il pourrait lui causer en n'exécutant pas le fait, mais qu'il n'avait pu prévoir quel serait le préjudice que cette inexécution causerait à l'héritier de son cocontractant. — Cette explication combinée avec le caractère personnel des faits proprement dits rend compte de tous les cas d'intransmissibilité que nous avons relevés, sauf

(1) *Institut.*, III, 15, § 7, *De verb. obl.*, et *Dig.* L. 11, XLVI, 5 de *præt stip.*)

cependant du dernier, l'intransmissibilité passive de l'obligation ayant pour objet une abstention. — Peut-être les Romains ont-ils voulu empêcher que l'on ne restreignît trop facilement la liberté d'agir de ses héritiers. — Enfin peut-être faut-il se borner à dire que les Romains, considérant que d'un côté au moins l'intransmissibilité active ou passive ne pouvait être admise, crurent devoir la rejeter absolument à l'égard de l'autre partie, par une sorte de réciprocité. — Revenons à notre texte :

L'explication que nous venons de proposer tendrait à faire décider que l'héritier du maître, l'esclave étant encore vivant, ne pourrait exercer l'action *ex stipulatu*. On ne peut invoquer ici ni la raison tirée du caractère personnel des faits, ni celle tirée du défaut de symétrie dans la formule; car la formule que devrait employer l'héritier du maître ne différerait en rien de celle qu'eût employée le maître lui-même; la *demonstratio* contenant le nom de l'esclave qui a stipulé et qui a été empêché de passer, et la *condemnatio* le nom de son maître actuel. Cependant l'intransmissibilité de l'action *ex stipulatu* nous paraît bien certaine: nul texte ne fait exception à la règle générale, qui vise non pas l'exécution en nature des stipulations de faire, mais leur exercice en justice; de plus comment admettre que le maître qui avait un droit moindre que s'il avait stipulé pour lui-même le droit de passer, pût néanmoins le transmettre à son héritier? — Pourrait-on invoquer l'analogie du legs d'usufruit adressé à un esclave; l'action confessoire appartient à son maître, d'autre part c'est en la personne de l'esclave que s'apprécient les causes d'extinction de l'usufruit (1), d'où il résultera que, le maître actuel de l'esclave venant à prédécéder, par exception

(1) *Fragm. Vatic.* § 57.

son héritier continuera à jouir de l'usufruit et de l'action confessoire jusqu'à la mort de l'esclave, mais il ne faut voir là qu'une application de cette règle bien connue par les legs comportent une interprétation plus large que les stipulations : *in testamentis plenius voluntates testantium interpretantur*, dit Paul (1).

Le passage des *Institutes*, qui nous a fourni l'occasion de cette longue dissertation, contient une application de cette règle formulée dans plusieurs textes en ces termes : *quæ facti sunt non transeunt ad dominum* (2). 2° D'autres applications sont faites fréquemment, en ce qui touche notamment la désignation d'un esclave dans une stipulation comme *adjectus solutionis gratia* (3). Ce droit de recevoir le paiement appartiendra à l'esclave, non à son maître.

La modalité de la *rerum alternatio* (4) nous en offre un autre exemple : *Si servus aut filiusfamilias ita stipulatus sit, illam rem aut illam, utram ego velim? non pater, dominusve, sed filius servusve destinare de alterutro debet* (5) : l'*electio* appartient à l'esclave, non au maître, quoique l'action *ex stipulatu* ne puisse, comme toujours, appartenir qu'au maître.

Quid si l'esclave meurt avant d'avoir exercé l'*electio*? La loi 76, *De verb. obl.* décide que la créance passe aux héritiers, quoique le stipulant soit mort avant l'*electio*; mais ce texte suppose que l'*electio* appartenait au stipu-

(1) L. 12, L. 17, *De div. reg., jur. antiq.*

(2) L. 44, princ. XXXV. 1, *De cond. et dem.*, adde. L. 82, § 2, in fine XXXI, *De legat.* 2.

(3) L. 9, XLVI, 3, *De solut et liber.* et L. 95 § 7, *eod. tit.* Cf. L. 39 § 1, XXI, 2, *De evict. et dupl. stip.* l'esclave ayant joué le rôle de vendeur, c'est à lui, non à son maître, que l'acheteur devra faire la *denunciatio de evictione*.

(4) L. 2 § 3, *De eo quod certo loco* XIII, 4.

(5) L. 141 princ. *De verb. obl.* et L. 76 pr. *eod. tit.* L. 141, XLV, 1, la décision serait la même si la stipulation était faite par le maître, attribuant le choix à son esclave, ou par un étranger. (L. 141, § 1, *eod. tit.*)

lant lui-même; et il est raisonnable d'admettre que dans ce cas *l'electio* passe aux héritiers avec la créance, car il faut bien, pour que la créance présente de l'utilité, que *l'electio* soit exercée, et on ne voit pas à qui elle pourrait appartenir, sinon aux héritiers du stipulant (1).

Or telle n'est pas notre hypothèse, puisque nous supposons que l'esclave investi de *l'electio* prédécède à son maître avant d'avoir exercé son droit: les textes font défaut pour trancher cette question, il semble raisonnable de décider que le maître pourra alors exercer *l'electio*, plutôt que de déclarer la créance éteinte.

Nous terminerons cette section par quelques détails sur la stipulation ayant pour objet la mise en possession d'une chose: l'effet d'une telle stipulation ne sera pas de rendre le stipulant possesseur, mais seulement créancier du promettant à l'effet d'être régulièrement mis en possession: la formule ordinairement employée est celle-ci: *Habere licere spondes?* (2) Il est nécessaire de nous fixer sur le sens précis de cette expression.

Cette même loi 38 au § 9 nous avertit que *habere* est susceptible de deux acceptions: *habere dupliciter accipitur, nam et eum habere dicimus qui rei dominus est, et eum qui dominus quidem non est, sed tenet, denique habere rem apud nos depositam solemus dicere* (3).

(1) V. Pothier, Pandectes, *ad. tit. de stip. serv.* n° 8; et Cujas, V. col. 239, in lib. XVIII, Pauli *ad Edictum*, réfutant l'opinion d'anciens docteurs, qui avaient pensé que la créance passait bien aux héritiers, mais non *l'electio* V. aussi Doneau, XI, col. 1271 et sq.

(2) L. 38, XLV, 1 *de verb. obl.*

(3) Cf. L. 188, L. 17. *de div. reg. jur.* — *Habere duobus modis dicitur, altero jure domini, altero obtinere sine interpellatione id quod quis emerit*; adde l. 1, princ. XIX, 1 *de act. empti.* et l. 3, § 1 *eod. tit.* qui suppose une telle stipulation faite par un acheteur: bien que le contrat de vente engendrât déjà à son profit la même créance et que l'action *ex empto* fût au point de vue des fruits plus avantageuse que l'action *ex stipulatu*, ainsi qu'il résulte de la loi précitée, — mais les Romains préféraient souvent à une action de bonne foi une action de droit strict dans laquelle ils n'avaient pas à craindre que le juge diminuât la condamnation par des considérations d'équité en faveur du débiteur; de plus et surtout il était d'usage d'ajouter une

Habere, c'est donc, ou avoir une chose en propriété, ou détenir la chose, non pas même comme possesseur, mais comme simple détenteur, tel qu'est un dépositaire. Pris dans le premier sens, *Habere* ne suppose pas nécessairement la possession ni même la détention. *Is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur* (2). Mais nous envisagerons plutôt le fait d'*habere* comme signifiant : avoir la possession paisible d'une chose de manière à pouvoir en retirer tous les avantages de la propriété, sans qu'il soit question du droit de propriété en lui-même. — Maintenant que nous avons donné une idée au moins succincte de la stipulation *rem habere licere* en général, mettons en jeu l'esclave. Et d'abord voici une décision qui ne peut souffrir aucune difficulté (2). *Hi, qui sunt in aliena potestate, his in quorum potestate sunt, habere licere stipulari possunt ea ratione qua cætera quoque his possunt stipulari.*

Mais le texte suppose ensuite que l'esclave fait une pareille stipulation dans le but de s'en attribuer personnellement le bénéfice : *Sed si servus fuerit stipulatus sibi habere, quæsitum est an recte stipulatus videatur ? et ait Julianus libro LII Digestorum : Si servus stipuletur sibi habere licere [aut per se non fieri quominus habere stipulatori liceat, promittat] stipulatio, inquit, non committitur ; quamvis auferri res ei [et ipse auferre eam] possit ; non enim factum sed jus in hac stipulatione vertitur. Cum vero stipulatur*

pama à cette stipulation, ou plutôt cela était indispensable sinon la stipulation eût été frappée de nullité comme contenant le fait d'autrui. (V.L.38, § 1 et 2 de verb. obl.) — Toute cette loi est de la plus haute importance pour préciser la portée de la stipulation *habere licere*, mais nous ne saurions l'analyser en entier sans sortir des bornes de notre sujet.

(1) L. 15, L. 17, de div. reg. jur. Cf. L. 52, XLI, 1, de a'q. rer. dom. L. 143, L. 16, de verb. signif.

(2) L. 38, § 6, de verb. obl.

per promissorem non fieri quominus sibi ire agere liceat, non jus stipulationis (inquit) sed factum versatur. Sed videtur mihi, licet juris verba contineat hæc stipulatio habere licere, tamen sic esse accipiendam, ut in servo et in filiofamilias videatur actum esse de possessione retinenda, [aut non auferanda] et vires habeat stipulatio. — Il est indispensable de traduire ce texte exactement : (Mais) si l'esclave a stipulé *sibi habere* (nous renvoyons aux développements donnés plus haut pour éviter une périphrase trop longue) on demande si la stipulation est régulière, si elle est efficace. Julien, au livre 52 de son *Digeste*, répond : Si l'esclave stipule pour lui la paisible possession d'une chose (ou s'il promet qu'il ne mettra pas obstacle à ce que le stipulant ait la paisible possession de la chose) la stipulation n'est pas commise, elle est inefficace quoique la chose puisse être enlevée à l'esclave (et que lui-même puisse l'enlever au stipulant); car l'objet de cette stipulation est, non pas un fait, mais un droit — que si l'esclave stipule, au contraire, que le promettant ne mettra pas obstacle à ce qu'il lui soit permis, à lui esclave, d'*ire agere*, la stipulation a pour objet non pas un droit, mais un fait; d'où cette conséquence qu'en tirait évidemment Julien (car la citation s'arrête ici), que la stipulation était efficace. Mais Ulpien, qui reprend la parole, déclare que bien que la première stipulation : *habere licere* renferme des mots exprimant ordinairement un droit, cependant on doit considérer ici qu'il a été dans l'intention des parties (*id actum esse*) que la possession serait conservée à l'esclave ou au fils de famille (ou qu'elle ne serait pas enlevée par eux au stipulant), et que la stipulation par conséquent est efficace.

Remarquons qu'Ulpien *in fine* parle du fils de famille, auquel il assimile l'esclave, alors que la question

n'avait été soulevée qu'au sujet de ce dernier ; en effet, le fils de famille a une capacité propre soit à être sujet d'un droit proprement dit, soit à être débiteur d'un droit ; il en est autrement de l'esclave, que les faits seuls, non les droits, peuvent concerner, ainsi que nous l'avons vu dans un texte des *Institutes* précédemment expliqué (1) : *Sed cum factum...* Ulpien ne méconnaît pas ce principe, mais il dit qu'il ne s'agit pas de la possession en tant que droit, mais en tant que fait, de ce que les textes suivants appellent détention ou *possessio naturalis* par opposition à *possessio civilis* (2) : *Hæc quoque stipulatio : possidere mihi licere spondes ? utilis est. Quam stipulationem servus an possit utiliter in suam personam concipere videamur. Sed quamvis jure civili servus non possideat, tamen ad possessionem naturalem hoc referendum est : et ideo dubitare non oportet quin et servus recte ita stipuletur. Plane si tenere sibi licere stipulatus sit servus, utilem esse stipulationem convenit, licet enim possidere civiliter non possint, tenere tamen eos nemo dubitat.* — Un grand nombre de textes reproduisent cette distinction, nous citerons seulement les suivants (3) : *Qui in aliena potestate sunt rem peculiarem tenere possunt, habere, possidere non possunt : quia possessio non tantum corporis sed et juris est — Quod ex justa causa corporaliter servo tenetur, id in peculio servi est, et peculium quod servus civiliter quidem possidere non potest, sed naturaliter tenet, dominus creditur possidere* (4).

(1) Lib. III, tit. 17, § 2.

(2) *Quod attinet ad jus civile servi pro nullis habentur ; non tamen et jure naturali : quia quod ad jus naturale attinet, omnes homines æquales sunt.* L. 32, de div. reg. jur. L. 17.

(3) L. 49, XLI, 2, De adq. vel am. poss.

(4) L. 24, eod. tit. — On peut remarquer le rapprochement des trois expressions *habere, tenere, possidere*, dans la formule de la stipulation

Conclusion : La remise de la *vacua possessio* devra être effectuée par le promettant entre les mains de l'esclave, lequel en jouira, mais le *dominus* possèdera la chose par l'intermédiaire de son esclave, il pourra l'usucaper, si d'ailleurs les autres conditions de l'usucapion se trouvent réunies ; dans tous les cas, il aura les interdits possessoires, et si la chose est enlevée à l'esclave, il aura l'action *ex stipulatu*.

SECTION III. — EFFETS DE LA STIPULATION DE L'ESCLAVE

Ces effets doivent être envisagés à deux points de vue : à l'égard du maître, et à l'égard de l'esclave lui-même.

§ 1. — Effets de la stipulation de l'esclave à l'égard du maître.

Nous n'avons qu'à rappeler le principe que nous avons posé et analysé avec soin dans notre introduction : le maître acquiert par l'intermédiaire de son esclave *ex quâcumque causa, etiam ignorans, vel invit*us (1).

Aquilienne, L. 18, § 1, XLVI, 4, *De acceptil*. Cf. Pline, parlant d'un écrivain dont il loue le talent (Pompeus Saturninus) *nunc vero totum me tenet, habet, possidet*, Lettre à Erucius, lib. I, épist. XVI. — Certaines éditions rétablissent ces trois mots dans l'ordre où nous les lisons dans la formule de la stipulation aquilienne. V. la note dans l'édition Lemaire.

(1) Nous ne citerons plus à ce sujet qu'un seul texte célèbre, qui a été pour M. de Savigny le point de départ de sa théorie du *nuntius*. V. *Droit des obligations*, trad. Gérardin et Jozon, t. II, p. 183 à 195 : c'est la loi 53,

L'effet direct de la stipulation est d'engendrer une créance munie d'une action, *conditio certi, vel incerti*, suivant l'objet de la stipulation ; cette créance civile et cette action ne peuvent appartenir qu'au maître qui seul peut les exercer en justice ; ici la représentation par son esclave ne serait pas admise. Lui seul peut disposer de la créance ; nous reviendrons du reste sur ce point quand nous parlerons de la novation.

Il importe peu que la stipulation soit conditionnelle et subordonnée à l'arrivée d'un événement qui ne se réaliserait qu'à une époque ou l'esclave serait devenu libre. Nous trouvons cete règle formulée dans les textes : *In stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus*, (1) phrase que les compilateurs du Digeste ont extraite d'un fragment de Paul, qui détermine son véritable sens et sa portée, que la loi 144 tendrait à exagérer. (2) *Si filiusfamilias sub conditione stipulatus emancipatus fuerit, deinde existerit conditio, patri actio competit : quia in stipulationibus.....* ce que Paul nous dit spécialement du fils de famille, Pomponius le répète en termes généraux : *nam et sub conditione sti-*

XLI, 1, *De adq. rer. dom.* : *Ea quæ civiliter adquiruntur : per eos qui in potestate nostra sunt adquirimus, veluti stipulationem : quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus*. M. de Savigny infère de ce texte que dans le droit de Justinien l'ancienne règle rigoureuse s'opposant à la représentation d'une personne par une autre non soumise à sa *potestas* dans les actes juridiques ne subsistait plus que dans le contrat solennel de stipulation. La portée et la contexture même du texte ont fourni matière à de longues discussions dans lesquelles nous ne saurions entrer. (V. Puchta, *Instit.*, § 203, lettre n, et Vangerow, *Pandect.*, t. III, p. 294.

(1) L. 144, t. I, 17, *De div. rej. jus.*

(2) L. 78, t. XLV, 1, *De verb. obl.* V. Doneau, t. XI, col. 1305, citant les exceptions suivantes : La stipulation d'une *res propria* sous condition sera efficace si au jour de l'événement de la condition la *res* est devenue *aliena*. — La stipulation novatoire conditionnelle est *inutilis* si au jour de l'événement de la condition l'objet de l'obligation préexistante a péri, L.L. 98 princ., *De verb. obl.* et 14 princ., *De novat.*

pulantes omnimodo ei adquirimus, etiam si liberatis nobis potestate domini conditio existat (1).

Dans ces textes on suppose l'apposition d'une condition quelconque, par exemple, suivant l'usage classique : *Dabis si navis ex Asia venerit*, mais que décider si la condition est précisément l'affranchissement de l'esclave stipulant, qui deviendrait alors capable de recueillir pour lui-même le bénéfice de la stipulation ? Un texte prévoit spécialement cette hypothèse (2). *Quidquid contraxit servus, dum nobis servit, etiam si stipulationem contulit in alienationem vel manumissionem suam, tamen nobis id adquisitum erit : quia potestas ejus tunc cum id contraheretur nostra fuit*.

Cette solution se conçoit aisément, car on ne pouvait laisser aux esclaves un moyen si facile de frauder leur maître à qui toutes leurs acquisitions étaient dues. — C'est une application de cette règle : *Quod quis, dum servus est, egit, proficere libero facto non potest* (3). Remarquons le mot *egit* qui nous avertit qu'il faut restreindre la portée de cette règle aux actes juridiques émanés de l'esclave, en effet, en matière de legs conditionnel adressé à l'esclave, il en est tout différemment : On sait que la *diei cessio* se place dans les legs purs et simples au jour du décès du testateur, et dans les legs conditionnels elle est reculée jusqu'à l'événement de la condition (4). Il en résulte que si à ce jour l'esclave a

(1) L. 18, L. 17, *De div. reg. jur.*

(2) L. 40, XLV, 3, *De stip. verb.* Cette loi compare ensuite la situation de l'esclave stipulant *post manumissionem suam* à celle du fils de famille stipulant *post emancipationem suam*, en laissant entrevoir pour ce dernier cas quelques exceptions. V. l'Appendice.

(3) L. 146, L. 17 *de div. reg. jur.* *Vide tamen*, L. 7, § 18, II. 14, *de pactis*.

(4) L. 213, L. 16, *de verb. signif.* L. 5, § 1, XXXVI, 2. *Quando dies leg. vel. fid. ced.* LL. 5, § 2, et 14, § 3, *eod. tit.* — au Code. L. 5, VI, 46, *de condit. insert.* Remarquons que si le legs pur et simple est adressé à l'esclave par son propre maître, qui lui confère en même temps la liberté, ou le lègue à

changé de maître, c'est le nouveau maître qui profitera du legs; l'esclave en bénéficiera pour son propre compte s'il a été affranchi.

Comment expliquer la différence de solution entre la stipulation conditionnelle et le legs conditionnel? Il ne suffit pas, comme on le fait souvent, de dire que la condition accomplie a dans la stipulation un *effet rétroactif*, car pourquoi ne l'a-t-elle pas dans le legs? Il paraît que la controverse fut vive entre nos anciens auteurs (1). Doneau, qui nous la rapporte tout au long, commence par s'élever contre la pétition du principe que beaucoup commettaient en se bornant à alléguer comme raison de différence, la différence même de nature de la stipulation et du legs (2). Cujas (3), d'après les glossateurs, donne une explication qui est encore très généralement adoptée : *Ratio differentiae est, dit-il, quia in contractibus non tantum nobis sed et posteris nostris consumimus. At contractus heredi non proficit nisi statim constituamus contractum conditionalem ab initio vires*

un tiers, la *diei cessio* est fixée, non au jour du décès du testateur, mais au jour de l'adition d'hérédité afin que l'héritier ne se trouve pas bénéficiaire du legs dont il est grevé. (LL. 7, § 6, 8 et 17 *eod. tit.* et § 20, II, 20, *de legat. aux Instit.*) — Or, comme un des effets de la *diei cessio* est de déterminer l'étendue du legs, il en résulte que, si nous supposons un *legatum peculii* adressé à l'esclave, ce legs comprendra toutes les acquisitions réalisées par l'esclave, *jacente hereditate*, par exemple des créances *ex stipulatu* contre des tiers donateurs, tandis qu'un légataire *extraneus* de ce même pécule ne profiterait que des créances *ex stipulatu* acquises par l'esclave, *ex re peculiari*, parce que dans ce dernier cas la *diei cessio* se place conformément à la règle générale à la mort du testateur. (L. 57. § 2, XV, 1, *de peculio*. L. 8, § 8, XXXIII, 8, *de peculio legat.* et § 20, *Inst.* II — 20, *de legatis*.)

(1) Doneau, t. XI, col. 1300, notes 1 et 4. V. aussi Ant. Favre, *lib.* XV, *conjecturarum*, cap. VI, n° 15.

(2) D'autres disaient que la stipulation qui est un contrat, c'est-à-dire l'accord de plusieurs volontés, avait plus de force pour rétroagir que le legs qui émane d'une volonté unique!

(3) Col. 541, E. tome X — V. aussi le *Traité de la condition*, de notre éminent maître M. Bufnoir, p. 330 et 331.

habere. At qui legat solum legatarium spectat. — La dernière proposition, qui tend à dire que l'intention du testateur a été de gratifier l'esclave soit dans sa personne, s'il est affranchi lors de l'événement de la condition, soit dans la personne du maître qui le possédera à cette époque et qui sera sans doute reconnaissant à l'esclave du legs qu'il lui a fait acquérir, cette proposition, disons-nous, paraît bien incontestable; la première au contraire a été critiquée par Antoine Favre (1) en ces termes : *Cum filiusfamilias stipulatur [de illo namque Paulus loquitur in d. l.] an dicemus velle cum prospicere suo heredi quem nec habere ullum potest quamdiu filiusfamilias manet ? an non potius id agit ut adquirat patri in cujus scit se esse potestate ?*

La critique pourrait être exacte, si Cujas et Ant. Favre raisonnaient sur le même point, mais Cujas se préoccupait surtout d'expliquer cet autre effet de la *diei cessio*, qui veut que, dans le legs conditionnel, le légataire soit encore vivant au jour de l'événement de la condition, tandis qu'il importe peu, dans la stipulation conditionnelle, que le stipulant, individu *sui juris* ou *alieni juris*, soit vivant à cette même date (2). Plus loin A. Favre donne cette formule assurément peu claire : *Non spectatur in legatis tempus testamenti quia jus legati conditionalis non nascitur eo tempore quo testamentum fit, cum non possit acquiri legatario priusquam id morte confirmatum fuerit : nec mortis, quia non ex sola voluntate sed magis legis auctoritate confirmatur, qua fit ut quaecumque testamento scripta valeant eo modo quo scripta sunt.*

Doneau s'exprime d'une façon beaucoup plus satisfai-

(1) A. Favre, *op. citat.*, cap. VII, n° 10 et 11.

(2) L. 5, princ. et § 7, XXXVI, 2, *quando dies*, et L. 48, L. 17, de *div. reg. jur.*

sante : *quidquid servus gerit, contrahit, dum nobis servit, id totum est ejus potestatis qua tenetur; ea autem potestas nostra est, nostrum igitur acquiri et haberi potest. Hæc ratio cessat in legato : dum enim quid legatur filio aut servo nullum hic factum intercenit filii aut servi unde quidquam vel ipsis vel aliis per eos adquiratur. Si nous supposons qu'au jour de la *Diei cessio* le légataire est devenu *sui juris*, *pereum patri quaeri nihil potest. Sed cur non retrofingimus acquisitum legatum patri quasi ab initio relictum sine conditione? — quia id factum non est et natura repugnat quominus quod factum non est factum esse intelligamus.* Mais entre le legs pur et simple et la stipulation, nous ne ferons pas de différence parce qu'alors, s'il n'y a pas un *factum filii aut servi*, il y a une *obligatio praesens*, car il faut bien que la règle que tout ce qu'un individu *alieni juris* acquiert, il l'acquiert pour son maître, s'applique.*

L'idée de Doneau est donc celle-ci : L'individu *alieni juris* doit à son chef de famille tous les produits de son activité intellectuelle, mais le legs conditionnel ne peut être considéré comme tel, il n'est donc pas dû au chef de famille sous la puissance duquel était placé l'individu *alieni juris* à l'époque de la mort du testateur.

Mais dans l'opinion de Doneau il n'était pas exact de dire que le legs conditionnel n'avait jamais un effet rétroactif. — C'est aujourd'hui une question fort controversée que celle de savoir quelle est la nature du droit résultant d'un legs conditionnel, et si la rétroactivité doit être attachée à la condition accomplie. Quelques textes semblent refuser au légataire sous-condition la qualité de créancier (1). Aussi, certains

(1) L. 42, princ. XLIV, 7, *De obl. et act.* Cf L. 13, §§ 8 et 9, XLVI, 4, *De accept. et L. 21, eod. tit.*

auteurs considèrent-ils la créance de ce légataire comme une créance future, où par conséquent nul effet rétroactif ne saurait être admis (1).

D'après une autre doctrine qui nous paraît plus exacte, les Romains sont partis d'une conception juridique généralement reconnue fautive en raison pure : ils ont considéré la condition, non pas comme une modalité affectant seulement les droits résultant d'un acte juridique qui a une existence actuelle, mais comme un élément de la formation même de cet acte juridique, comme un élément générateur des droits qui doivent en naître, si cet événement se réalise, et cela sans distinguer entre la stipulation et le legs ; seulement dans l'un et l'autre cas les Romains admirent une fiction de rétroactivité toutes les fois qu'ils le jugèrent nécessaire en vue de donner satisfaction à un intérêt légitime (2) ; même dans la matière des legs, ils admirent la rétroactivité pour protéger le droit du légataire contre les actes du débiteur du legs, et surtout pour lui faire transmettre la charge du legs à son propre héritier, qui ne peut évidemment être considéré comme grevé du legs directement par le testateur à l'événement de la condition ; il faut qu'il ait trouvé cette charge dans la succession de son auteur, et cela est conforme à l'intention du testateur ; en sens inverse, mais toujours conformément à l'intention du testateur, le droit au legs sera intransmissible aux héritiers du légataire mort *pendente conditione* : le testateur a voulu gratifier le légataire seul, mais ajoutons, soit dans la personne du chef de la famille à laquelle il appartiendra lors de l'événement

(1) V. *Th. de la Condit.* de M. Bufnoir, *loc. cit.*

(2) V. M. Labbé : *Etude sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due*, III *Des risques dans les contrats synallagmatiques*, n° 87, p. 104 et note. — Comp. M. Bufnoir, *op. et loc. cit.*, et II. Godart, thèse de doctorat, *De la condition*, Paris, 1869, p. 79 et sq.

de la condition, soit plutôt dans la personne même du légataire devenu *sui juris* dans l'intervalle de la mort du testateur à l'événement de la condition. En matière de stipulation, la rétroactivité est plus largement admise, mais toujours en vertu de la même idée : qu'on le remarque bien : nous ne disons pas que la rétroactivité a son fondement ici dans une interprétation de la volonté des parties, ce qui serait manifestement contradictoire avec l'espèce même que nous avons présentée, d'après les textes, où un individu *alieni juris* stipule pour le cas et pour le moment où il deviendrait *sui juris* (1) : — Notre formule est celle-ci : la rétroactivité a pour but de donner satisfaction à un intérêt légitime : or quel est ici cet intérêt légitime ? c'est celui du chef de la famille, qui ne doit pas être frustré des produits de l'activité intellectuelle d'un membre de la famille par le dol de ce dernier.

Si nous revenons au principe posé par la loi 62, XLV, 1, *De verb. obl. : Servus, vetante domino, si pecuniam ab alio stipulatus sit, nihilominus obligat domino promissorem*, nous constaterons qu'il est quelques cas où l'efficacité tout au moins complète de la stipulation de l'esclave est subordonnée à la ratification du maître.

Un autre texte d'ailleurs montre bien que la règle n'est pas absolue (2). En dehors du domaine de la stipulation, il y a deux exceptions notables : l'acquisition de la possession, sauf *ex causa peculiari*, et celle d'une hérédité. — Dans notre matière une première espèce est prévue dans un texte de Julien un peu long mais que nous jugeons cependant nécessaire de transcrire (3) : *Quemadmodum invito domino servus stipulatus ad-*

(1) V. *Th. de la condit.* de M. Bufnoir, p. 299 et 307.

(2) *Etiam invitis nobis per servos acquiritur pene ex omnibus causis.* L. 32, XLI, 1, *De adq. rer. dom.*

(3) L. 46, XXIII, 3. *De jure dot.*

quirit, ita si dotem domini nomine sibi promitti patiatur obligatio domino adquiritur. Sed neque periculum dominus præstare debet, si forte mulieris debitor dotem promiserit, neque culpam. Traditione quoque rei dotalis in persona servi vel filii familias facta, dos constituitur, ita ut neque periculum, neque culpam, dominus, aut pater, præstet. Igitur hanc dotem periculo mulieris esse dico quamdiu dominus vel pater ratam promissionem vel donationem habuerit : ideoque etiam manente matrimonio res quas tradiderit condictione repetituram. Item incerti condictione consecuturam ut promissione liberetur.

Nous ne pouvons mieux faire que d'emprunter à M. Pellat (1) la traduction de ce texte : « comme un esclave en stipulant acquiert à son maître même contre sa volonté, pareillement, s'il se laisse promettre une dot, l'obligation est acquise à son maître. Mais le maître ne sera pas responsable des risques, si la dot a été promise par un débiteur de la femme, il ne le sera pas même de sa faute. La dot est ainsi constituée par la tradition de la chose dotale faite à la personne de l'esclave ou du fils de famille, de manière que le maître ou le père ne répond ni des événements ni de sa faute. Je dis donc que la dot est aux risques et périls de la femme tant que le maître ou le père n'a pas ratifié la promesse ou la tradition, que par conséquent elle pourra même pendant le mariage répéter par condiction la chose qu'elle aurait livrée et qu'elle aura aussi la condiction de la chose indéterminée pour obtenir d'être libérée de sa promesse. »

Cujas (2), sur notre texte, relève d'abord la singularité des premiers mots : pourquoi prendre la peine de dire

(1) *Textes sur la dot.*, p. 206 et 207.

(2) *Ad lib. XV, Digestorum Salvii Juliani*, Tome VI. col. 107.

que l'esclave peut stipuler pour son maître malgré lui et qu'ainsi il peut stipuler pour lui une dot? *Quo nihil esset ineptius!* Mais, aussitôt, étudiant de plus près la contexture de la phrase, il fait remarquer que l'on ne dit pas que l'esclave stipule cette dot, mais qu'il se la laisse promettre, *sibi promitti patiatur*, ce qui implique que Julien visait l'hypothèse d'une *dictio dotis* (1), seulement Tribonien a remplacé le mot *dici* par le mot *promitti*, pour mettre le texte en harmonie avec la législation de son temps, qui ne connaissait plus la *dictio dotis*, et Cujas cite à ce sujet une scolie des Basiliques qui fait ressortir l'antithèse entre *επερωτησις*, interrogation, stipulation, et *επαγγελια* déclaration, *dictio* (2).

Quoi qu'il en soit de cette observation, qui intéresse plus la grammaire que le droit, l'acquisition de la créance de dot par l'esclave pour le compte de son maître présente ce caractère très distinctif qu'elle n'est pas définitive tant que le maître ne l'a pas ratifiée : cela tient à ce que, contrairement à l'effet ordinaire de la stipulation (une véritable stipulation eût produit le même effet qu'une *dictio dotis*), l'acquisition de la créance n'est pas purement gratuite, puisqu'elle rend le maître, envisagé comme futur mari dans l'espèce, débiteur éventuel de la restitution de cette dot, chargé des risques, et responsable de sa faute au moins dans une mesure que nous n'avons pas à préciser. Or *melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest* (3). On est amené à ce résultat que le maître n'assumera les risques et la responsabilité, qu'entraîne l'acquisition

(1) Il y a un exemple frappant d'une telle substitution de mots dans la loi 59 au même titre : *Si mulier ita dotem promiserit, decem tibi aut Titio doti erunt* ; la formule est évidemment celle de la *dictio dotis* et non d'une promesse en réponse à une stipulation.

(2) V. *Basiliques*, lib. XLII, sch. d. 1.

(3) L. 133, L. 17, *De divers. reg. jur.*

d'une dot, qu'autant qu'il aura ratifié l'acte de son esclave : jusque là il ne répondra pas, par exemple, de l'insolvabilité du débiteur survenue, soit par pur cas fortuit avant l'échéance, soit par sa faute, parce qu'il a négligé de le poursuivre en temps opportun ; ces risques pèsent sur la femme ; il était donc juste que celle-ci pût exiger, nous ne disons pas la restitution de sa dot, car en réalité il n'y a pas de dot tant que le mari ne l'a pas acceptée, mais la restitution de ce qu'elle avait livré à l'esclave, ou sa propre libération de l'obligation qu'elle avait contractée, ou la libération de son débiteur qu'elle lui avait délégué, afin que dans ce dernier cas elle recouvre son ancienne créance contre son débiteur, créance dont l'extinction par novation avait été subordonnée à une condition qui ne s'est pas réalisée. C'est dans ce but que Julien donne à la femme soit une *condictio certi* pour le cas de *datio*, soit une *condictio incerti* pour celui de *dictio* ou de *promissio* ; nous ne devons pas être surpris de voir que dans ce dernier cas la *condictio* est qualifiée *incerti*, car elle a pour objet un fait, une libération, et toute obligation de faire ou de ne pas faire est qualifiée *incerta* par les textes (1).

Dans une autre hypothèse il ne s'agit pas précisément de subordonner l'effet de la stipulation de l'esclave à la volonté du maître pour faire acquérir à celui-ci la créance et l'action *ex stipulatu*, mais cette ratification est nécessaire pour que la stipulation soit réputée émaner de lui et lui faire encourir certaines déchéances.

L'espèce demande quelques mots d'introduction :

Sous le nom d'*operæ*, pris dans un sens très large, on peut comprendre tout ce qu'un patron exigeait de son affranchi : il avait ainsi le droit de restreindre la liberté qu'il venait de lui conférer ; toutefois l'affranchi

(1) L. 75, § 7, XLV, 1, *De verb. obl.*

ne fut pas laissé sans protection (1). Des textes nombreux nous apprennent que la loi *Aelia Sentia* (2) au milieu de ses dispositions multiples relatives aux affranchissements, frappait de peines le patron qui aurait exigé de son affranchi l'engagement de ne pas se marier, voulant sans doute se réserver ainsi toute sa succession ; mais précisément alors la loi précitée prononçait contre lui la déchéance des *jura patronatus*, ce qui entraînait la perte du droit de succession. — Cette déchéance atteignait même les enfants du patron. — Pas de difficulté si c'est le patron lui-même, ou quelqu'un soumis à sa puissance et agissant par sa volonté qui a contrevenu à la loi : *Certe si jussu patroni is qui in potestate est idem fecerit, dicendum est eum hâc lege teneri* (3). La règle *qui patitur quod prohibere potest facere videtur* rend également responsable le patron qui a laissé toute cela s'accomplir en sa présence. — Mais faisons un pas de plus et nous retomberons dans notre sujet. *Sed si ignorante eo suus filius adegerit, stipulatus fuerit, nihil ei nocebit*. — Il convient de rapprocher immédiatement de cette décision un autre texte qui l'explique et la complète (4) : *Si non voluntate patroni is qui in ejus potestate sit jusjurandum adegerit, vel stipulatus fuerit, ne nubat : nisi id patronus remittat*,

(1) Le préteur créa l'exception *in factum, onerandæ libertatis causa*, L. 1, § 8, XLIV, 5 *quar. rer. act. non dat.* Accarias, II, p. 1216, note 1, 3^e éd.

(2) Il n'est pas douteux que la loi *Aelia Sentia* ne contint des dispositions sur ce point. L. 6, de Paul, *ad legem Aeliam Sentiam*, XXXVII, 14, *De jure patronatus*, l. 3, § 5, XXXVIII, 16, *De suis et legit. hered.* et 31 XL, 9, *qui et a quib. manum*. — Mais les lois caducaires visaient également cette hypothèse, ce qui n'offre rien de surprenant puisqu'il s'agissait de ne pas entraver les mariages, et que ces lois, comme la loi *Aelia Sentia*, sont de la même époque, l'époque d'Auguste.

La loi 6, § 4, *De jure patronatus* cite en propres termes la loi *Julia de mariatandis ordinibus* ; enfin faisons remarquer qu'un des principaux textes que nous allons analyser, la loi 32, *qui et a quib. manum*. est tirée du commentaire du jurisconsulte *Terentius Clemens, ad legem Juliam et Papiam*.

(3) L. 6, *pr. De jur. patron.*

(4) L. 32, *pr. XL, 9, qui et a quib. manum*.

aut liberavit libertum, incidet in legem; videbitur enim id ipsum dolo malo facere. Donc le *nihil nocebit* du texte précédent doit s'entendre avec le correctif suivant : pourvu que le patron, lorsqu'il aura connaissance de ce qui s'est passé, libère (1) son affranchi, sinon le dol qu'il n'a pas commis *in ipso negotio*, il le commettrait après coup par la ratification qu'il donnerait à l'acte illicite de son fils de famille ou de son esclave.

Il n'y a pas de dérogation à la règle : *deteriorem causam per servum nullo modo fieri*, (2) car la ratification du maître expresse ou tacite est nécessaire pour que la déchéance soit encourue par lui.

§ 2. — Effets de la stipulation de l'esclave à l'égard de l'esclave lui-même.

La stipulation produit un émolument juridique, c'est la créance civile que le maître acquiert ; on peut dire aussi qu'elle procure un émolument matériel lorsqu'elle est exécutée en nature, c'est la prestation de son objet même ; à ce point de vue pratique, la stipulation de l'esclave produira le plus souvent ses effets au profit de l'esclave : celui-ci est en effet tout naturellement désigné pour recevoir le paiement de ce qui en droit pur est dû à son maître ; dans le cas où l'esclave jouera en même temps le rôle d'*adjectus solutionis gratia* (3), le débiteur ne pourra se libérer qu'entre ses mains, non en celles du maître. Dans les cas très nombreux où la stipulation aura

(1) Il le libérera par une acceptilation, même s'il y avait eu *jusjurandum liberti*, c'est ce que finirent par décider les jurisconsultes, donnant une légère extension à la règle *quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt*. L. 13, XLVI, 4, *De acceptil.*

(2) Code de Justinien, l. 12 *in fine* VII, 32, *De adq. et ret. poss.*

(3) L. 95, § 7, XLVI, 3, *De solut. et liberat.*

été faite *ex causâ peculii*, le maître, à moins qu'il ne veuille révoquer partiellement la concession du pécule, ce qu'il ne fera certainement pas sans motifs graves (car ce serait reprendre le fardeau de l'administration de sa fortune) remettra à l'esclave ce qu'il aura obtenu du débiteur en vertu de l'action *ex stipulatu* ou en vertu d'un paiement volontaire ; c'est ce qui se présente notamment pour les stipulations faites par un *servus vicarius* compris dans le pécule d'un *ordinarius* ; en droit pur, le bénéfice est acquis au maître seul, en fait, il le remettra au *servus ordinarius* (1), qui est considéré comme ayant une sorte de petit patrimoine, lequel comprend dans son actif des biens corporels et des biens incorporels, c'est-à-dire les créances acquises par l'esclave et dont le maître doit faire raison sur l'action *de peculio* aux créanciers qui ont traité avec l'esclave ; le crédit de l'esclave est donc augmenté d'autant. Tout ceci concerne surtout les stipulations ayant pour objet une dation, car nous avons vu que, pour les stipulations ayant pour objet un fait, leur caractère personnel en attribuait tout l'émolument à l'esclave.

Toutefois au point de vue juridique proprement dit, une question très-grave se pose devant nous : L'esclave ne peut-il acquérir pour lui-même une créance sinon civile du moins naturelle ? Ceci se rattache à l'interprétation d'un texte d'Ulpien dont la portée exacte est fort difficile à déterminer (2) : *Servi ex delictis quidem obligantur et si manumittantur obligati remanent. Ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur sed naturaliter obligantur et obligant. Denique si servo, qui mihi mutuum pecuniam dederat manumisso sol-*

(1) V. *Cujas*, ad. L. 18, XV, 1, *De peculio*, in lib. IV, *Quæst. Pauli*, tome V, col. 977 et L. L. 7, § 4 et 17, *in fine*, eod. tit au Digeste.

(2) Loi 1, XLIV, 7, *De obl. et act.*

vam, liberor. Qu'est-ce que cette obligation naturelle engendrée par les contrats de l'esclave ? certainement l'esclave stipulant fait acquérir à son maître une obligation civile : il s'agit donc d'une obligation naturelle acquise par l'esclave pour lui-même. Mais dans quels cas ? l'opinion commune en indique deux, ce sont ceux où par la force des choses une obligation civile ne peut prendre naissance : 1° un *servus derelictus* stipule, il n'a pas de maître pour qui il puisse acquérir une obligation civile ; 2° l'esclave stipule de son maître, le maître consent à devenir débiteur de son esclave : il ne peut être à la fois créancier et débiteur envers lui-même (1).

Dans ces deux cas l'esclave acquiert une obligation naturelle dont les effets sont les suivants : pendant l'esclavage, le maître devra faire entrer en ligne de compte cette créance naturelle de l'esclave dans le règlement de l'action *de peculio*, (2) : le pécule était évalué comme si ces dettes eussent été payées comptant. Cette créance naturelle ne peut être garantie par un fidéjusseur : (3) mais, sans doute l'esclave a aussi une créance naturelle contre le fidéjusseur.

Après l'affranchissement, l'esclave pourra recevoir un paiement effectif (4). *Si quod dominus servo debuit, manumisso solvit, quamvis existimans ei se aliqua teneri ac-*

(1) Mais il faut un contrat régulier. V. L. 49, § 2, XV, 1, *de peculio* ; et Iering, *Esprit du Droit romain*, II, p. 166. Cet auteur s'écrie un peu plus loin : « Il existe donc un droit abstrait de l'esclavage ! »

V. aussi de Savigny, *Traité de Droit romain*, II, p. 34 et appendice IV, p. 406. Massol, *Obl. nat.* p. 172 et sq : Dans ce cas, dit ce dernier auteur, le maître, qui absorbe la personne de son esclave, peut apporter des restrictions à sa propre puissance.

(2) L. 7, § 6, XV, 1, *De peculio*.

(3) L. 56, § 1, XLVI, 1, *De fidej.*

(4) L. 64, XII, 6, *De cond. indeb.*

tionem, tamen repetere non poterit, quia naturale agnovit debitum (1).

Aussi M. de Savigny propose-t-il d'ajouter *meo* dans la seconde partie de notre loi 14, *De obl. et act.* : *Denique si Meo servo, qui mihi mutuum pecuniam dederat manumisso solvam, liberor.* — Ce qui ferait rentrer la décision de la loi 14 dans le deuxième cas d'acquisition par l'esclave d'une obligation naturelle. Deux systèmes n'admettent pas cette interprétation restrictive. Voici d'abord les propres expressions de Puchta (2) : *Aber der Slave gilt auch als naturalis creditor, wenn er vermöge der ihm vom Herrn gestatteten Verwaltung eines Peculiums, eine berechtigenden contract abgeschlossen hat. Dieses Verhältniss wird wirksam zu Gunsten des Schuldners, indem dieser mit Wirkung an ienem zahlen kann, vor und nach der Freilassung, sofern er in der Meinung steht, dem Freigelassenen sei sein Peculium gelassen worden, zu gunsten der Slaven selbst, wenn ihm sein Peculium bei der Freilassung mitgegeben wird, und wenn der Herr selbst der Schuldner war und nach der Freilassung zahlt* (3).

Nous traduirons ce passage aussi exactement que possible :

Or l'esclave a encore la qualité de créancier naturel, lorsqu'en vertu du pouvoir d'administration sur un pécule que son maître lui a concédé, il a conclu un contrat créatif de droit à son profit. Cette obligation naturelle devient efficace à l'égard du débiteur, en ce sens qu'il peut payer valablement (avec effet libératoire) à l'esclave,

(1) Mais l'affranchi n'a pas d'action contre son ancien maître, paragr. 20, II, 20, aux *Institut.*, *De legat.* Rescrit de Sévère et Antonin.

(2) *Cursus der Institutionen*, III, paragr. CCLXII, p. 28 et 29 ou *System und Geschichte des Römischen Privatrechts*. Édit. postume de P. Krüger aux mêmes indications.

(3) V. LL. 32, XLVI, 3, *De solut.*, et 3, XL, 3, *De manum. quæ serv.*

soit avant, soit même après son affranchissement, pourvu qu'il soit convaincu que le pécule a été laissé à l'affranchi; et cette obligation naturelle devient efficace à l'égard de l'esclave lui-même, lorsque son pécule lui a été abandonné lors de l'affranchissement et lorsque le maître qui se trouve être lui-même le débiteur paye entre ses mains après l'affranchissement. — Mais l'hypothèse que Puchta tire des lois précitées (1) est toute différente de celle prévue par Ulpien dans la loi 14, *De obl. et act.* Le jurisconsulte parle de l'effet immédiat du contrat dans lequel l'esclave a figuré comme stipulant, tandis que ces textes visent des effets se produisant tardivement, après coup, lors de l'affranchissement de l'esclave. On peut même dire ceci : dans ces cas, l'esclave n'est pas créancier du tout de ceux avec qui il avait contracté; le maître avait acquis et a conservé son action civile; seulement c'est la volonté du maître que le paiement soit fait aux mains de l'esclave et que celui-ci conserve ce qu'il aura ainsi reçu.

Il y a bien obligation naturelle si l'on veut, mais seulement entre le maître et l'esclave, non entre ce dernier et le tiers contractant; et son effet est d'empêcher le maître de réclamer à l'esclave la restitution de ce qu'il aura touché.

Cujas (2) a émis un système radical; c'est que tout

(1) Quant aux lois 18, 19, 32 et 35, *De solution*, invoquées par Zimmern, *Rechtsgeschichte*, I, 183, p. 673, elles statuent dans un ordre d'idées également tout différent : Un débiteur paye à l'esclave devenu libre, ignorant l'affranchissement qui avait révoqué le mandat de recevoir le paiement. Cf. art. 2.005, Code civil. V. Savigny, *op. cit.*, append. IV, note e, *in fine*.

(2) Tome VIII, col. 341, *ad. leg.* 41, XV-1. *De peculio*.

Doneau n'est pas explicite sur le point qui nous occupe : à plusieurs reprises il reproduit la formule de la loi 14, *De obl. et act. ex contractibus servi naturaliter obligantur et obligant*. Lorsqu'il énonce les sources d'obligations naturelles, il indique celle-ci : lorsqu'une créance civile ne peut être acquise au créancier, et il cite l'hypothèse où le maître promet à son esclave. V. tome III, col. 435, n° 13.

contrat de l'esclave engendre à la fois une créance civile au profit du maître et une créance naturelle au profit de l'esclave : parlant du tiers cocontractant il emploie ces expressions fort nettes : *servo tenebatur naturaliter tantum, domino civiliter* ; par application de cette phrase souvent citée : *Nec servus quidquam debere potest, nec servo potest debere. Sed quum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus quam ad jus civile referimus obligationem* (1).

Cette doctrine a été reprise et développée par M. Machelard, qui n'attribue pas aux mots *naturaliter obligant* le sens juridique sur lequel nous raisonnons, mais ne leur donne que la valeur qu'ils peuvent avoir dans le langage vulgaire. On ne fait allusion, dit-il, qu'à un *pur état de fait* fréquent, comme nous l'avons déjà fait remarquer, dans les habitudes des maîtres romains, qui se débarrassaient sur leurs esclaves du soin de leurs affaires ; de sorte que, les tiers se trouvant en rapport uniquement avec eux, les esclaves étaient souvent qualifiés, mais incorrectement, de créanciers et de débiteurs à la place de leurs maîtres, ou à côté de leurs maîtres, à l'effet de recevoir un paiement, ou même d'effectuer un paiement, lorsqu'ils avaient la *libera peculii administratio* (2). Combattant notre système, M. Machelard fait remarquer qu'Ulpien songeait si peu aux rapports de l'esclave avec son maître, qu'il fait même abstraction de ce point de vue, puisqu'il ne mentionne pas l'exception en vertu de laquelle un délit de l'esclave envers son maître ne faisait naître aucune espèce d'obligation (3), de plus, ajoute-t-il, l'hypothèse des contrats avec des

(1) L. 41, *De peculio*.

(2) *Oblig. natur.* p. 187.

(3) Code de Justin. L. 21, VI, 2, *De furtis*.

tiers devait être la plus fréquente (1). On ne peut méconnaître que le système de M. Machelard ne renferme des considérations fort justes, et judicieuses en elle-mêmes, mais nous les croyons insuffisantes pour expliquer la loi 14, *De obl. et act.*, et sa traduction des mots *naturaliter obligant*, qui lui sert de base, nous paraît absolument inacceptable, car ces mots ne peuvent être pris dans deux sens différents dans le même texte où nous lisons *naturaliter obligantur et obligant*; or tout le monde est bien d'accord que l'esclave contracte une *véritable obligation naturelle ex contractibus*.

Laissant de côté la question de l'acquisition par l'esclave d'une créance naturelle, nous devons mentionner un cas intéressant où l'esclave sera admis à stipuler pour le temps où il sera libre à l'effet d'acquérir à cette époque une véritable créance civile. Ce cas concerne le legs conditionnel adressé à un esclave.

On sait, en effet que tout légataire à terme ou sous condition, pour éviter qu'à l'arrivée de la modalité il ne se vit contester la validité ou l'étendue de son legs, ou ne se trouvât en présence d'un débiteur devenu insolvable, pouvait requérir immédiatement de l'héritier sous le nom de *cautio legatorum* une promesse dans la forme de la stipulation accompagnée d'une *satisfactio*. Supposons donc un legs conditionnel affecté d'un *dies incertus* (*qui in testamento conditionem facit*) adressé à un individu *alieni juris* : Ulpien nous dit (2) : *Caveatur ei cujus juris subjectus est*. Le paragraphe 20 de cette même loi est plus explicite et nous indique en quels termes le *pater* ou le *dominus* stipulera la délivrance du legs : *Si ei qui in alterius potestate erit incerta die legatum*

(1) Enfin il argumente des lois 18 et 32, *De solut*, mais nous avons établi plus haut qu'elles n'avaient pas trait à notre sujet.

(2) L. 1, § 5, XXXVI, 3, *Ut leg. seu fideicom.*

fuerit : cavebitur ei qui habet cum in potestate, non præcise sed sub conditione, si cum ejus legati dies cedit, in potestate sit. Puis le texte suppose que cette condition vient à défaillir (1), la *cautio legatorum* s'évanouit, en effet le legs va produire son effet au profit de l'individu devenu *sui juris*, c'est à lui que devrait appartenir l'action née de la *cautio*, mais pour cela il eût fallût qu'il stipulât lui-même la délivrance de son legs. Cela est-il donc possible ? oui, nous dit encore Ulpien : (2) *Sed et ipsis qui sunt in potestate cavendum est, quemadmodum solet caveri si eadem res duobus sub diversis vel contrariis conditionibus relicta sit : duobus enim satisdatur, sed in utroque casu iisdem personis satisfactionem subituris.* Donc la *cautio legatorum* devra être fournie par l'héritier institué, débiteur éventuel du legs, et au *pater vel dominus*, et au légataire *alieni juris*; mais les deux stipulations seront conçues sous une condition inverse l'une de l'autre : le *pater* ou le *dominus* stipulant pour le cas où le légataire serait encore sous sa puissance lors du *dies cedes*, c'est-à-dire de l'événement de la condition apposée au legs ; l'individu *alieni juris* légataire stipulant pour le cas où à cette même époque il serait devenu *sui juris* (3). Et Ulpien nous apprend que dans les hypo-

(1) Il s'agit de la condition sous laquelle le *dominus* avait stipulé car on suppose au contraire l'arrivée effective de la modalité apposée au legs, mais à une époque où le légataire *alieni juris* est devenu *sui juris*, or, la théorie de la *diæ cessio* commande que le droit au legs ne soit fixé en la personne du légataire qu'au jour de l'événement de la *conditio*.

(2) L. 3, *eod. titulo* mais c'est ce qui n'avait sans doute pas eu lieu dans l'hypothèse de la l. 1, § 20, puisque le jurisconsulte termine en disant, *Evenit tamen secundum hoc ut in casum non sit de legato cautum.*

(3) C'est là une exception remarquable aux règles précédemment citées. L. 146, l. 17. *De div. reg. jur. Quod quis dum servus egit proficere libero facto non potest.* et L. 40, XLV, 3. *De stip. serv. Quicquid contraxit servus, dum nobis servit, etiam si stipulationem contulit in manumissionem suam, tamen nobis adquisitum erit.*— Mais la dérogation relative à la

thèses de ce genre les mêmes fidéjusseurs garantissaient les deux promesses.

C'est ce que confirme Gaius dans ce même titre. L. 16, *Si duo ejusdem nominis de legato contendant, utrisque satisdatur, nec onerari heredem, cum possit eodem fidejussores ad utramque stipulationem adhibere : qui et ipsi non onerantur : cum futurum sit ut uni tenerentur.*

Nous voyons bien que la condition de l'héritier n'est pas empirée par cette double promesse qui est exigée de lui ; car il est débiteur au moins éventuel du legs et il est juste que tous ceux qui pourront avoir droit au legs cherchent à se prémunir contre les risques résultant de son insolvabilité ou de sa mauvaise foi. Mais nous ne pouvons nous empêcher de trouver la situation des fidéjusseurs singulièrement aggravée, car s'ils garantissent les deux promesses, les deux conditions se détruisent l'une l'autre, et il n'y aura plus qu'un seul événement qui pourrait amener leur libération ; savoir la mort de l'individu *alieni juris*, légataire, *pendente conditione* ; (et sans doute aussi son passage sous une autre puissance. V. la note précédente). — Ce qui donne de l'importance à la question de savoir quelle est la portée exacte de ces mots : *In utroque casu iisdem personis satisfactionem subituris* ? Ces termes paraissent impératifs. D'autre part, Gaius dit : *Cum*

cautio legatorum s'explique suffisamment par cette considération qu'il n'y avait là qu'une suite nécessaire, ou tout au moins naturelle de l'acquisition éventuelle du legs au profit de l'esclave qui viendrait à être affranchi. — On peut se demander ce que devenaient ces *cautiones* dans le cas où l'esclave ayant été aliéné avant le *dies cedens*, le legs profitait au nouveau maître ; celui-ci ne peut évidemment pas invoquer la stipulation faite par le premier maître, peut-il invoquer celle faite par l'esclave ? non encore, si, comme nous le supposons, l'esclave a stipulé pour le cas où il serait devenu *sui juris*. — Mais l'esclave pourrait-il stipuler pour le maître inconnu qui le possédera lors du *dies cedens* ? L'hypothèse n'est guère vraisemblable, aussi n'est-elle pas prévue dans les textes.

possit heres eosdem fidejussores ad utramque stipulationem adhibere. Cela signifie-t-il que l'héritier peut présenter les mêmes fidejusseurs aux deux stipulants et et que ceux-ci sont obligés de l'accepter ? Ou bien que par cela seul que ces fidejusseurs ont consenti à garantir l'une des promesses, ils ne peuvent plus se refuser à garantir l'autre ? Tel paraît être le sentiment de Gaius qui ne voit pas en quoi leur condition est empirée, mais cette solution, ainsi que cela résulte de ce que nous avons dit plus haut, serait au contraire fort dure pour les fidejusseurs, qui en définitive rendent à l'héritier un service purement gratuit, puisque s'il ne trouvait pas de fidejusseurs, il se verrait immédiatement dépouillé des biens légués par une *missio in possessionem* que prononcerait le magistrat au profit du légataire ou plutôt de son maître dans notre espèce (1).

Citons enfin un cas où la *cautio legatorum* ne pourra être exigée par ce légataire *alieni juris*, c'est lorsque l'héritier institué est précisément le *pater* ou le *dominus* du légataire (2). Ce texte suppose ensuite que *pendente conditione*, le légataire est affranchi ou émancipé et il se demande s'il peut alors exiger la *satisfactio*. Une objection se présente : *Quæritur an audiendi sint, ne beneficium patris, dominive, ipsis onerosum sit* (3) *an sibi imputare deberent qui dederunt eis postulandi adversus se facultatem* ; et le texte tranche la question *per mediocritatem*, (ce que les glossateurs traduisent ainsi : *per quemdam mediam viam*) ; *ut cautioni tantum cum hypothecâ suarum rerum committantur*.

(1) L. 1, § 2, *eod. tit.*

(2) L. 7, *eod. tit.*

(3) L. 8, XLVI-5, *de præt. stip.*

SECTION IV. — APPLICATIONS PARTICULIÈRES DU CONTRAT VERBAL DE STIPULATION

§ 1. — De la stipulation corréale.

Cette première application maintient à la stipulation son caractère de contrat principal. Elle n'appelle aucun développement. Il est évident que si l'esclave interroge le même individu, que d'autres personnes viennent d'interroger dans les mêmes termes, et que le débiteur leur réponde à tous qu'il consent à être obligé envers eux, le maître de l'esclave et les autres costipulants deviendront cocréanciers corréaux. — De même un esclave peut interroger plusieurs individus qui deviendront codébiteurs corréaux du maître.

Il va sans dire que deux esclaves d'un même maître interrogeant le même débiteur, il ne pourra y avoir corréalité puisqu'il n'y aurait qu'un seul créancier; le maître commun des deux esclaves. — Mais ces deux esclaves peuvent interroger séparément, quoique dans un même lieu et dans un même temps, plusieurs débiteurs, si ces débiteurs font ensemble la réponse qui doit les lier, il y aura corréalité passive; il y aurait à la fois corréalité passive et corréalité active si les esclaves appartenaient à des maîtres différents.

§ II. — De l'adstipulatio

Nous abordons ici la série des applications qui font de la stipulation un contrat accessoire soit d'une pre-

mière stipulation, soit d'une obligation quelconque pré-existante. On connaît le mécanisme, sinon le rôle exact de l'*adstipulatio* : *possumus*, dit Gaius (1), *ad id quod stipulamur, alium adhibere qui idem stipulatur, quem vulgo adstipulatorem vocamus*. — L'*adstipulator* devient créancier à côté du stipulant principal, il peut poursuivre et recevoir le paiement, mais il est tenu de l'action *mandati directa* pour restituer au stipulant principal ce qu'il aurait touché. Ceci posé, l'esclave peut-il jouer le rôle d'*adstipulator* ? Au premier abord on ne voit pas ce qui empêcherait le maître de devenir ainsi créancier. Cependant Gaius (2) nous dit : *servus adstipulando nihil agit, qui ex cæteris omnibus causis stipulatione domino acquirit*. — L'idée de mandat, qui est nettement exprimée par Gaius au paragraphe III, explique cette solution. L'*adstipulator* (3) est une sorte de mandataire à l'effet de poursuivre en justice le débiteur, et d'en obtenir paiement, avec charge de rendre compte. Or l'esclave ne peut remplir un tel rôle, l'exercice des actions

(1) *Comment.*, III, § 110, et sq.

(2) *Comment.*, III, § 114. Gaius assimile l'individu *in mancipio* au *servus*; c'est en notre matière une assimilation qu'il convient de généraliser, Gaius, II, 86 et 90, III, 163, mais lorsque la mancipation a été la conséquence d'un délit il peut se faire émanciper dès que par son travail ou par des acquisitions quelconques, il a réparé le dommage qu'a causé son délit. *Coll. leg. Mosaïc*, tit. II, cap. 3.

(3) Le rôle de l'*adstipulator* est loin d'être clairement défini. V. Gaius, *Comment.*, III, § 117, Précis de M. Accarias, II, p. 342 et 343. Cicéron, Harangue contre Pison, § 9, cité par Ortolan, Ed. Labbé, n° 1378, l'*adstipulator* est mis sur la même ligne que le défenseur (*propugnator*), ou plus spécialement encore que l'orateur qui défend en justice un client (*advocatus*). On voit donc qu'il s'agit d'une utilité, d'une protection que le stipulant principal cherche de son vivant [et non pas d'un simple moyen de tourner la prohibition des stipulations *post mortem suam*], pour ne pas s'abandonner à ses propres ressources (*cur non meis copiis præstissem*). L'origine de l'*adstipulatio* serait alors dans l'impossibilité primitive de se faire représenter dans les actes juridiques et de plaider par procureur. Cf. Maynz, § 331, note 24; mais on conçoit moins que Gaius parle de filles de famille, et de femmes *in manu*, car les femmes ne pouvaient en général recevoir de mandat judiciaire. L. I, § 5, III, 4, de *postulando*.

en justice, même de celles appartenant à son maître lui est fermé. D'autre part, en supposant que le stipulant principal ait en vue la personne du maître, car en matière de mandat l'*intuitus personæ* est essentiel, l'esclave n'a pas qualité pour accepter le mandat adressé à son maître ; il ne peut en effet l'obliger sans sa volonté et ici l'acquisition de la créance et l'obligation de rendre compte découlant du mandat sont inséparables. Si cette raison est vraie nous serions amenés à décider que, si le maître y consent, l'esclave pourra se porter *adstipulator*.

§ 3. — De la réception d'un fidéjusseur.

Ici la stipulation apparaît comme contrat accessoire d'une obligation quelconque préexistante (1). L'esclave peut y figurer sans difficulté. *Adeo a servo potest fidejussor accipi*, nous dit Gaïus, *ut ipse quoque dominus in id quod sibi debetur fidejussorem ab eo recte accipiat : quem fidejussorem etiam ab eo ipso servo interrogari nihil impedit* (2).

Il s'agit d'un fidéjusseur accédant à la dette évidemment naturelle (3) d'un esclave envers son maître, et le texte décide que l'esclave lui-même peut interroger le fidéjusseur ; de telle sorte que l'esclave joue à la fois le rôle de débiteur dans le contrat principal, et le rôle de

(1) Sur la *sponsio* qui fut la première forme de l'*adpromissio*, nous n'avons qu'à répéter ce que nous avons dit de la *sponsio* en tant que contrat principal ; sa formule ne pouvait être employée par l'esclave d'un *pérégryn*.

(2) L. 70, § 3, XLVI, 1, *De fidej. et mandat.* L. 56, § 1, *eod. tit.*

(3) En effet l'esclave s'oblige bien civilement par ses délits, mais envers les tiers non envers son maître. (*Code de Justin.* L. 21, VI, 2. *De furtis*) envers lequel il n'est même pas obligé *naturaliter*.

stipulant (non pas de créancier) dans le contrat accessoire.

Mais si nous supposons à l'inverse que l'esclave fût créancier *naturaliter* de son maître, il ne pourrait recevoir de lui un fidéjusseur: *quia non potest pro eodem et eidem esse obligatus (fidejussor)*. Le maître ne peut être à la fois débiteur et créancier de la même dette; en effet l'action *ex stipulatu* contre le fidéjusseur ne pourrait être acquise qu'au maître. Mais le fidéjusseur ne sera-t-il pas tenu au moins *naturaliter* envers l'esclave? nous n'y voyons pas d'obstacle; et cela est conforme à la règle de la loi 14, *De oblig. et act.* précédemment étudiée. On peut le décider sans que la condition du maître soit empirée; car le fidéjusseur qui payerait à l'esclave devenu libre n'aurait pas de recours contre le maître. Cette solution s'impose par *à fortiori*, de ce que les textes décident au sujet du fidéjusseur qui a payé en négligeant d'opposer une exception perpétuelle qui protégeait le débiteur principal: ils lui refusent l'action *mandati contraria* (1).

Expliquons rapidement un dernier texte relatif à cette matière (2): *Cum servi ad negotiationem præpositi, cum alio contrahentes, personam mulieris, ut idoneæ, sequuntur; exceptione senatus consulti dominum summovet, nec videtur deterior causa domini per servum fieri, sed nihil esse domino quæsitum: non magis quam si litigiosum prædium servus aut liberum hominem emerit*. L'hypothèse est aisée à construire: des esclaves, au courant de leurs négociations pour le compte du maître, ont accepté comme *fidejus-*

(1) LL. 10, § 12 et 29 princ. et § 4, XVII, 1, *mandati vel contrà*. L. 67, XLVI, 1. *De fidej.*

(2) L. 27, § 1, XVI, 1, *Ad S. C. Velleian.*

seur (1) une femme. Or la fidéjussion est une des principales applications de l'*intercessio*, ou engagement pour autrui, que le S. C. Velléien interdisait aux femmes. Le maître agissant *ex stipulatu* contre cette femme sera donc repoussé par l'exception S. C. Velleiani : Papinien répond immédiatement à une objection que l'on aurait pu lui opposer, et qui est tirée d'un texte souvent cité :

Melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest (2) : cette règle n'est pas violée, en effet que résulte-t-il de l'acte de ces esclaves ? ils n'ont rien acquis à leur maître, mais ils n'ont pas non plus diminué son patrimoine, puisque cette action *ex stipulatu*, que leur maître ne peut exercer efficacement, ne lui appartenait pas par avance (3). S'il était besoin d'insister davantage sur cette notion élémentaire, nous dirions avec Cujas (4) *Aliud est non facere conditionem meliorem, aliud facere deteriolem. Qui non facit meliorem non facit etiam deteriolem*. Enfin un texte du Code prend la peine d'expliquer la règle du Digeste en ces termes (5) : *Cum et antiqua regula juris quæ definivit deteriolem causam per servum domino nullo modo fieri, tunc locum habeat cum dominus de damno periclitetur, non cum sibi lucrum per servum adquiri desiderat*.

L'*intercessio mulieris* se présentant sous la forme d'une *expromissio* intéresserait également notre sujet. En effet

(1) Avec Cujas nous supposerons *de pluno* qu'il s'agit d'une fidéjussion; le texte est conçu en termes généraux, il pourrait donc se référer à une autre forme d'*intercessio* mais la *fidejussio* est assurément la plus pratique. Faisons remarquer seulement qu'il ne peut s'agir de cette forme qui consiste à défendre en justice au nom d'un tiers, et cela pour la double raison qu'il s'agit d'une part d'une femme. L. 1, § 5, III, 1. *De postulando* et d'autre part d'esclaves.

(2) L. 133, L. 17, *De div. reg. jur.*

(3) Quant à la créance du maître contre le débiteur principal, elle n'est aucunement affectée par la nullité de l'engagement accessoire.

(4) *Ad h. l. Papiniani*, lib. 3, *Responsorum*, tome IV, col. 935.

(5) *Code*, L. 12, *in fine*, VII, 32, *De adq. et retin. poss.*

supposons que cette femme se soit obligée envers les esclaves dans le but de libérer un précédent débiteur, nous sommes en présence d'une hypothèse de novation; c'est une autre application de la stipulation à laquelle nous arrivons.

§ 4. — De la Novation.

La transition de la stipulation, acte juridique créateur d'obligation, à la novation, mode d'extinction des obligations, est nettement indiquée par cette définition de la novation qu'a donnée un auteur regretté qui a attaché son nom à cette matière: *stipulatio nova prioris debiti*; la novation est donc une application du contrat *verbis* (1).

Recherchons quel rôle l'esclave peut y jouer. Comme ici l'acquisition d'une créance est nécessairement corrélative à l'extinction d'une créance préexistante, on conçoit qu'il y ait une question de capacité spéciale à examiner. Paul nous dit : (2) *Cui recte solvitur is etiam novare potest, excepto eo, si mihi aut Titio stipulatus sim; nam Titius novare non potest, licet recte ei solvitur*; le jurisconsulte pose donc comme règle que quiconque peut recevoir un paiement à la capacité de nover, à l'exception de l'*adjectus solutionis gratia*. — Paul corrige sa formule dans un autre texte (3): *Nec novare alium posse quamvis ei recte solvatur. Sic enim et his qui in nostra potestate sunt recte solvi quod crediderint, licet novare non possunt*.

(1) L. 2, XLVI, 2, *De novat. et deleg.* — *Novari potest et transire in verborum obligationem ex quacumque obligatione*. V. Gide, *de la Novat.* p. 13.

(2) L. 10, *Hoc tit.*

(3) L. 27, § 1, II, 14, *De pactis*. Cf. L. 25, XLVI, 2, *De novat.*

Est-ce à dire que l'esclave ne puisse jamais nover? C'est encore Paul qui nous fournit la réponse (1): *Novari possumus aut ipsi, si sui juris sumus, aut per alios qui voluntate nostra stipulantur*. — Il faut donc que l'esclave ait l'assentiment du maître par avance, ou que le maître ratifie l'acte de son esclave, en un mot, le maître ne peut perdre sa première créance sans son consentement. *Melior conditio nostra...* Sinon la stipulation de l'esclave fera acquérir au maître une seconde créance venant s'adjoindre à l'ancienne qui subsiste; ce sera le même résultat que si le maître stipulait lui-même *non animo novandi* (2).

Une autorisation expresse est-elle nécessaire? Oui, s'il s'agit de nover une créance faisant partie du patri-moine propre du maître; quant aux créances comprises dans le pécule de l'esclave, il suffit, mais il faut que l'esclave ait reçu la *libera peculii administratio* (3). *Dubitari non debet, dit Gaius, quin filius, servusve, cui administratio peculii permissa est, novandi quoque peculiaribus debita jus habeat: utique si ipsi stipulentur, maxime si etiam meliorem suam conditionem eo modo faciunt* (4). Ces derniers mots visent l'élément nouveau

(1) L. 20, *De novat.* Cf. *Sent. Pauli*, V, 8, *De novat.* *Non solum per nosmetipsos novamus quod nobis debetur, sed per eos etiam per quos stipulari possumus, veluti per filium familias vel servum, jubendo vel ratum habendo.*

(2) LL. 2 et 8, § 5, *De novat.*

(3) Elle doit être concédée spécialement et n'est pas réputée comprise dans la simple remise d'un pécule. L. 7, § 1, *in fine*, XV, 1, *De peculio*. Cf. L. 19, XLVI, 3, *De solut. et liberat.* *Et ideo servus meus, quod peculiari nomine crediderit, exigendo liberabit creditorem delegando autem vel novando non idem consequeretur*; il s'agit évidemment d'un esclave qui n'a reçu que les pouvoirs d'un simple administrateur; il peut aliéner des deniers par voie de *mutuum*, parce que c'est un placement; mais il ne peut disposer librement de sa créance par voie de novation.

(4) L. 34 *pr. de novat.* Cf. en matière de serment. L. L. 20 et 21, XII, 2, *De iurejurando*: *Servus quod detulit, vel juravit, servetur, si peculii administrationem habuit. Huic enim solvi recte potest, et novandæ obligationis jus habet.*

que suppose la novation. Cet élément nouveau peut soit diminuer, soit augmenter la valeur de la créance ; par une *detractio diei, vel conditionis* l'esclave rendait évidemment la créance de son maître meilleure ; d'après nos explications sur la loi 133 *de div. reg. jur.*, il devait suffire que la nouvelle créance ne fût pas inférieure à l'ancienne, comme par exemple s'il y avait eu substitution d'un *sponsor* à un autre, en les supposant tous les deux parfaitement solvables (1).

La *libera peculii administratio* confère à l'esclave le droit de disposer des créances de son pécule, mais seulement à titre onéreux. L'esclave ne peut jamais faire de donation, pas plus qu'il ne peut faire d'*intercessio*. C'est ce qu'exprime la fin de la loi 34, princ. *de novat.* citée plus haut : *Namsi alium jubeant stipulari, interest utrum donandi animo, an ut ipsi filio, servore, negotium gerat, quo nomine etiam mandati actio peculio adquiritur* (2). — C'est une hypothèse de délégation par voie de stipulation et ayant pour but une donation, acte qui ne saurait être compris même dans la *libera administratio* (3).

Nous pouvons maintenant nous rendre compte de l'effet d'une *expromissio* (4) par laquelle un esclave aurait accepté pour débitrice une femme s'engageant dans le but de libérer un précédent débiteur. — Cet acte contient une novation ; il faut donc appliquer d'a-

(1) Sous réserve de la vive controverse qu'à soulevée le paragraphe 117 du *Comment.* III, de Gaius.

(2) Cf. L. 28, § 2, II, 14, *De pactis* et pour le fils de famille. L. 7, princip. XXXIX, 5, *De donat.*

(3) La délégation sous cette forme est la seule qui soit accessible à l'esclave. — Elle s'opère encore par *litis contestatio*, L. 11, *De novat.* et par *transcriptio à persona in personam*. Gaius, *Comment.*, III, 130. Mais l'esclave ne peut figurer en justice, et il n'a pas de *codex*.

(4) V. L. 27, § 1, XVI, 1, *ad. SC. Velleianum*, à la fin du paragraphe précédent.

bord les règles sur la capacité de nover. — Supposons que l'esclave en question ait eu la *libera peculii administratio*, voici quelle est la situation du maître : il a perdu *ipso jure* son ancienne créance, mais il ne la perd que pour un instant de raison, on la lui rend en effet sous la forme d'une action utile appelée *restitutoria* ou *rescissoria* (1) ; et cela contre tous ceux qui étaient obligés antérieurement et sans attendre que la femme ait opposé la nullité de son obligation. — Quand l'esclave aura la *libera peculii administratio*, il faudra rechercher encore, car c'est là une condition essentielle de la novation, s'il a eu *l'animus novandi*. C'est ce que démontre le texte suivant de Scaevola (2). *Servus absentis reipublicæ causa pupilli servis pecuniam credidit, subscribente* (3) *tutore stipulatione in persona tutoris translata, quæsitum est, an adversus pupillum competat actio? Respondi : si cum in rem pupilli daretur, id in rem ejus versum est, et quo magis actus servorum confirmaretur tutor spopondit, posse nihilominus dici, de in rem verso eum pupillo actionem fore.* L'espèce est celle-ci : un esclave, dont le maître est absent pour les affaires de l'État ou de la cité, a prêté des deniers aux esclaves d'un pupille qui les ont employés dans l'intérêt de leur maître et de manière à lui procurer un enrichissement ; puis le tuteur de leur maître pour fortifier l'engagement qui en résultait à la charge du pupille, a consenti à promettre à l'esclave de l'absent non pas la restitution intégrale des deniers prêtés (car, à l'époque classique tout au moins, l'objet de la nouvelle créance devait être exactement le même que

(1) L. 8, § 7 à 9, XVI, 1, *ad. S. C. Vell.* LL. 14, 20, 32, § 5, 24, § 2, *eod. tit.* — au *Code*, L. 16, IV, 29, *ad. S. C. Vell.*

(2) L. 20, § 1, XV-3, *de in rem verso*.

(3) Remarquons ces expressions qui confirment le système de Gide sur la forme dernière du contrat verbal de stipulation.

celui de l'ancienne), mais bien une somme égale à l'enrichissement du pupille. Le jurisconsulte était consulté sur la question de savoir si le pupille pouvait encore être poursuivi *de in rem verso*, en d'autres termes s'il n'était pas libéré par novation. Scævola répondit qu'il n'était pas libéré; par conséquent la seconde créance était seulement venue se juxtaposer à la première pour la renforcer. — Tout cela évidemment parce qu'il ressortait des circonstances que l'esclave de l'absent n'avait pas eu *l'animus novandi* (1), mais la novation eût été possible, cet esclave avait la *libera peculii administratio*, autrement la question n'eût même pas été soulevée; et d'ailleurs il s'agit de l'esclave d'un absent, qui a du en partant laisser pleins pouvoirs à son esclave (2).

Alors même que le maître a concédé à son esclave la *libera peculii administratio*, il peut s'opposer à ce que cet esclave nove une créance de son pécule, car il peut révoquer en tout ou en partie les pouvoirs qu'il lui a conférés; c'est en ce sens que nous interpréterons ce passage de Florentinus (3). *Servus nec peculiarem quidem obligationem citra voluntatem domini novare potest: sed adjicit potius obligationem, quam pristinam novat.*

§ 5. — De la réception d'une acceptilation.

Acceptilatio est liberatio per mutuam interrogationem qua utriusque contingit ab eodem nexu absolutio (4).

(1) V. la Glose sur cette loi.

(2) Le texte nous dit que *tutor spondit quo magis actus servorum confirmaretur*; il recherche donc l'intention des parties qui ne révèle nullement la volonté de novare.

(3) L. 16, XLVI, 2, *De novat.*

(4) L. 1, XLVI, 4, *De acceptil.*

Dans la forme nous avons donc encore une stipulation, mais ici les rôles sont renversés, c'est le débiteur qui interroge, et le créancier qui répond. — Dans les effets, les textes comparent souvent l'acceptilation à la stipulation, en effet elle nous apparaît, au moins si on le considère isolément, comme un paiement fictif, comme une décharge gratuite de l'obligation contractée, en somme comme une acquisition. *Species adquirendi*, dit Paul (1), est *liberare dominum obligatione*. L'esclave peut donc recevoir une acceptilation qui libérera son maître.

Les textes nous disent même que le maître sera libéré des actions honoraires dont il pouvait être tenu du chef de l'esclave : *Sed et si servo quod ipse mihi promisit, acceptum fecero, inutiles mihi erunt adversus dominum honorariæ actiones, quæ de peculio vel in rem verso dantur* (2).

Nous ne ferons qu'une remarque : Il semble que l'acceptilation ait pour objet immédiat de libérer l'esclave de l'obligation qui résultait à sa charge de la promesse qu'il avait faite et que le maître soit libéré par voie de conséquence ; c'est ce qui est peut être plus clairement exprimé dans un texte d'Ulpien : Après avoir parlé du fils de famille, le jurisconsulte ajoute (3) : *Idem erit et in servo dicendum : nam et servus accepto liberare potest, et tolluntur etiam honorariæ obligationes si quæ sunt adversus dominum ; quia hoc jure utimur ut juris gentium sit acceptilatio*. — Les textes sont bien formels pour décider que l'acceptilation ne s'applique qu'aux obligations nées *verbis* (4).

(1) L. 11, princip. *De acceptil.*

(2) L. 11, § 1, *De acceptil.*

(3) L. 8, § 4, *eod. tit.*

(4) L. 8, § 3, *eod. tit.*

Or qu'est-ce que l'obligation de l'esclave à laquelle s'applique l'acceptilation ? C'est une obligation naturelle (1), laquelle n'est pas même réputée née *verbis* c'est ce que prouvent des textes de Gaius et des *Institutes* de Justinien (2), où nous voyons que la promesse d'un esclave, à la différence de celle d'un pupille quoique non autorisé, ne peut opérer novation ; cependant une obligation naturelle peut nover une obligation civile, mais il faut que cette obligation naturelle soit réputée née *verbis* comme celle qu'à contractée un pupille non autorisé (3) :

Comment donc voyons-nous l'acceptilation s'appliquer à une telle promesse de l'esclave ? La réponse est contenue dans ce texte (4) : *Si acceptolatum fuerit ei, qui non verbis sed re obligatus est, non liberatur quidem, sed exceptione doli mali, vel pacti conventi se tueri potest.* Il résulte de ce fragment d'Ulpien que l'acceptilation appliquée à une dette autre qu'une dette née *verbis* a au moins les effets d'un pacte (5) pourvu que telle ait été l'intention des parties. Or, l'obligation naturelle est éteinte *ipso jure* par un pacte (6), l'esclave est libéré ; l'équité veut que le maître le soit également quant aux actions prétoriennes dont il était tenu du chef de son esclave.

(1) XLIV, 7. L. 14, *De oblig. et act.*

(2) Gaius, *Comment.*, III, 176 ; *Institut.* de Just., III, 27, § 3, *quib. mod. . obl. toll.*

(3) L. 1, § 1, *De novat. et deleg.*, XLVI, 2,

(4) L. 49, XLVI, 4, *De accept.*

(5) L. 8, princ. *eod. tit.*

(6) L. 95, § 4, XLVI, 3, *De solut. et liber.*

APPENDICE

DU ROLE DE L'ESCLAVE DANS LE COMPROMIS

Nous avons eu l'occasion à plusieurs reprises d'énoncer cette idée que l'esclave, même en empruntant la capacité de son maître, ne pouvait figurer dans un procès : (1) Nous ne transcrirons que le texte le plus topique : *Quotiens servus iudicio sistendi causa ut ipse litigatorum vel ab alio stipulatur, vel ipse promittit : nec committitur stipulatio nec fidejussores tenentur quia servus conveniri vel convenire non potest* (2). Malgré ces termes absolus il y a quelques exceptions, qui trouveront mieux leur place quand nous parlerons du *servus hereditarius* et du *servus captivi*. V. le chapitre IV, § 7. Mais il est une autre manière de terminer un débat que celui qui consiste à recourir à la justice, nous voulons parler du *compromis*. *Quod ad similitudinem iudiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet*, L. 1 § 1 IV-8. *De receptis qui arbitrium receperunt ut sententiam dicant*.

(1) L. 44, § 5, V, 1, *de judic.* L. 33, princ., III. — 3 *de procur.*; Térence, Phormion II — 1,292 : *Servum hominem causam orare leges non sinunt*. L. 107, L. 17 *de div. reg. jur.* au Code LL. 6 et 7, III — 1 *de judic.*

(2) L. 13, II — 11. *Si quis caution.* Sans difficulté l'esclave pourra figurer dans les stipulations prétoriennes destinées à préparer un *iudicium* que son maître intentera ou soutiendra en personne, ou intervenant au cours de ce *iudicium*. V. Keller *Des Actions*. Trad. de Capmas, p. 354, nous en avons vu un exemple dans la *cautio rem pupilli salvam fore*, LL. 2, 3, 4, 5, 6 XLVI — 6 et L. 1, §§ 15 et 16 XXVII. — 8 *de magist. conven.* et 18 I — 7 *de adopt.* ; et ce qui est plus remarquable c'est que les textes parlant des *stipulationes prætoriarum cautionales* disent que *instar actionis habent*. L. 1, § 2 XLVI — 5 *de stip. prætor.*

Pour montrer quel lien étroit rattache ce sujet à celui qui nous occupe, il nous suffira de rappeler que cette convention de soumettre un débat à un arbitre tire sa force obligatoire des *stipulationes pœnæ* réciproques qui interviennent entre les parties (1). La sanction de la sentence de l'arbitre apparaît donc comme purement contractuelle : Ceci posé, demandons-nous si un esclave ayant un débat avec un autre esclave ou avec un homme libre peut le soumettre à un arbitre : Deux textes prévoient cette hypothèse (2). *Si servus compromiserit, non cogendum dicere sententiam arbitrum, nec si dixerit pœnæ executionem dandam de peculio, putat Octavenu. Sed an, si liber cum eo compromiserit, executio adversus liberum detur, videamus; sed magis est ut non detur.* Paul dans ce fragment envisage successivement deux hypothèses qui peuvent se présenter.

a) La sentence de l'arbitre est défavorable à l'esclave ; s'il ne lui obéit pas, la peine qu'il a promise devrait être commise au profit de l'autre partie. Octavenus et Paul pensent que l'action *ex stipulatu*, qui ne peut évidemment être exercée contre l'esclave, ne pourra non plus être exercée *de peculio* contre le maître.

(b) La sentence est rendue en faveur de l'esclave et l'adversaire ne s'y conforme pas. La question est plus délicate, car la condition sous laquelle l'esclave avait stipulé une peine au profit de son maître étant réalisée, il semble que cette acquisition doive être valable. Cependant Paul refuse au maître l'action *ex stipulatu* contre l'homme libre avec qui l'esclave avait fait le compromis.

Cette décision nous fait apparaître les deux stipulations de peine réciproques comme formant un véritable contrat synallagmatique : l'une des obligations

(1) V. LL. 2, 3, § 1, IV — 8 — et Sentent. Pauli, V — 5.

(2) L. 32, § 8, IV — 8 *de recept.*

étant la cause de l'autre et, par conséquent, l'une des obligations ne pouvant prendre naissance, l'autre reste également inefficace (1).

En somme la convention de l'esclave et de l'homme libre est dépourvue de sanction; c'est pourquoi le préteur ne contraindra pas l'arbitre qui aurait accepté sa mission à la remplir (2). Comment donc supposer que l'arbitre a néanmoins rendu sa sentence? C'est vraisemblablement qu'il est encore sous l'empire de l'erreur qui lui a fait accepter cette mission; il croit l'esclave libre sans doute parce qu'il se comporte comme tel. C'est ce que suppose expressément le second texte que nous devons produire en cette matière : *si servus, cum se pro libero gereret, compromiserit, quaeritur an de peculio actio ex poena compromissi, quasi ex negotio gesto, danda sit, sicuti trajectitiae pecuniae datur? Sed hoc et Nervae filio, et mihi videtur verius, ex compromisso servi non dandam de peculio actionem; quia, nec si judicio condemnetur, servus datur in eum actio* (3).

Ulpien, dans ce texte, formule l'objection d'une manière plus pressante : pourquoi le maître n'est-il pas au moins tenu *de peculio*, comme il serait tenu si son esclave avait emprunté une *trajectitia pecunia*? qu'il eût promis une peine [*uti adsolet, si ad diem soluta non esset, ob operas ejus qui eam pecuniam peteret*] (4).

(1) Cette corrélation étroite nous oblige à traiter au moins sommairement le côté passif en même temps que le côté actif de la question.

(2) Les deux parties n'étant pas dans une situation égale, le *compromissum* n'est pas *plenum*. Cf., L. 11 § 2, *de recept.* *Ut jus sit æquabile*, dit Cujas, IX, col. 123 ad. leg. 6 et 7 au code III, 1 *de judic.* Cf., L. L. 11 § 4 et 13 princ., et § 1. *Dig. de recept.* Cf. le président A. Favre, *Rationalia*, Genève 1631, I, p. 824 : *neque compromissum neque arbitrium claudicare potest*; (L. 21 § 11, *de recept.*) *ne alioquin auctoritas arbitri impune contemnatur ex parte illius qui ad poenam præstandam urgeri non potest, si forte contra eum pronunciatur.*

(3) L. 3, § 8, XV, 1, *de peculio*.

(4) L. 23, XLIV, 7, *de obl. et act.*

Pourquoi le maître n'est-il pas tenu d'après les principes de la gestion d'affaires qui sont le *criterium* ordinaire pour faire décider si le maître est tenu *de in rem verso* par suite des actes émanant de son esclave? (1). Mais la négative doit l'emporter parce que, à supposer que cet esclave eût figuré (par suite de l'erreur où l'on était sur sa condition) dans un procès véritable, et qu'il eût été condamné, l'*actio judicati* ne serait pas donnée contre le maître. Donc *a fortiori* le compromis, qui a moins de force qu'un *judicium*, ne doit-il pas engendrer d'action contre le maître.

Cujas insiste sur cette question: il y a quatre cas où l'obligation naturelle de l'esclave, et par suite l'action *de peculio* contre le maître, fut discutée entre les deux écoles de jurisconsultes (2), les *Proculiens* admettant l'affirmative, et les *Sabinien*s, qui firent prévaloir la négative. Ces quatre cas étaient: *si servus intervenerit*; *si compromiserit*; *si judicio condemnatus fuerit*; *si actori in judicio iusjurandum detulerit*. V. L. 22, XII, 2, *de jurejurando* et L. 3, § 9, XV, 1, *de peculio* où l'opposition est faite entre la capacité du fils de famille, qui était certaine, et celle de l'esclave qui était controversée.

En admettant l'existence d'une obligation naturelle à la charge de l'esclave qui a fait un compromis, ce *compromissum* ne sera certainement pas *plenum* et le

(1) L. 3, § 2, XV, 3, *de in rem verso*. Remarquons que l'esclave dans l'hypothèse de la loi 3, § 8, *de peculio*, *se gessit pro libero*: or il semble que les Romains aient refusé en principe dans ce cas au tiers l'action *de peculio* contre le maître. C'est ce qui résulte notamment de ce que cette action est donnée exceptionnellement dans certaines hypothèses, mais *utliler*. V. L. L. 22 § 13, XXIV, 3. *Solutio matrim.*, 1, § 2, XXVII, 5. *De eo qui pro tut.* Le motif probable est celui-ci: lorsque l'esclave s'est comporté comme un homme libre, on n'est plus dans l'esprit de l'institution des actions *adjectitiæ qualitatis*; il n'y a plus exploitation d'un pécule. Cf. A. Favre, *Rationalia*, IV, p. 148.

(2) V. Cujas, *Observat.*, VIII, cap. 14, tome III, col. 201.

magistrat n'interviendra pas pour obliger l'arbitre à statuer. Mais, en supposant que celui-ci ait rendu sa sentence, et qu'elle soit favorable au maître de l'esclave, comment l'adversaire sera-t-il tenu ? d'une simple obligation naturelle comme l'esclave ? ou d'une obligation civile ayant même mesure que l'action *de peculio* qu'il aurait pu intenter contre le maître de l'esclave si la sentence de l'arbitre avait été rendue en sens opposé ? L'égalité de situation semblerait commander cette deuxième solution, mais c'est précisément une question fort délicate que celle de savoir quelle est la portée de la condition d'égalité de situation dans le compromis ; nous ne saurions entrer dans cet examen sans excéder les bornes de notre sujet.

CHAPITRE II

DE L'ESCLAVE APPARTENANT A PLUSIEURS MAITRES

La coexistence de droits de même nature sur le même bien produit cet état que l'on appelle l'indivision. — L'indivision du droit de propriété donne la copropriété ; c'est elle, ayant pour objet un esclave, que nous allons étudier ; plus tard nous parlerons de l'indivision appliquée à l'usufruit ou à la possession. Ulpien donne une idée très nette de la copropriété d'un esclave dans ce texte (1) : *Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus : sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis habeant quam corpore*. Le *servus communis* pourrait faire à lui seul l'objet d'une étude spéciale et intéressante ; à en juger par le nombre considérable des textes qui le concernent, il semble qu'il ait joué en Droit romain un rôle important ; quant à la matière de la stipulation qui seule doit nous occuper, nous pouvons constater que la plupart des textes que contient notre titre *De stipulatione servorum* au Digeste, et auquel nous n'avons jusqu'ici fait que de rares emprunts, se réfèrent au *servus communis*.

Le principe est le même que pour l'esclave appartenant en toute propriété à un seul maître ; l'esclave commun emprunte la capacité de stipuler à ceux sous la

(1) L. 5, XLV, 3, *De stip. serv.*

puissance de qui il est placé, et leur acquiert la créance qui naît de cette stipulation.

Nous devons préciser comment se fait cette acquisition : Voici les deux conclusions qui ressortent des textes et qui marqueront la division de ce chapitre :

1^o En règle générale le *servus communis* acquiert à tous ses maîtres proportionnellement au droit de propriété de chacun ;

2^o Dans certains cas l'esclave n'acquiert qu'à un ou à plusieurs de ses maîtres.

SECTION I. — PRINCIPE : LE SERVUS COMMUNIS ACQUIERT AU PROFIT DE TOUS SES MAÎTRES

Nous avons ajouté : en proportion du droit de propriété de chacun, mais nous verrons que cette règle comporte plusieurs exceptions.

Nous devons d'abord étudier le principe : *Et ideo*, continue la loi 5 de notre titre, *si quid stipuletur [vel quaquā alia ratione adquirit] omnibus adquirit pro parte quā dominium in eo habent*. Appartient-il à deux maîtres, à l'un pour un quart, à l'autre pour trois quarts, s'il stipule 400, le premier acquerra une créance de 100, l'autre une créance de 300. C'est ce que les textes expriment en disant que le partage se fait *non pro virilibus, sed pro dominicis portionibus*. Il est naturel en effet que l'esclave commun doive ses acquisitions à ses maîtres dans la proportion du droit que chacun a sur lui.

Ces deux créances sont nées du même contrat, ce-

pendant chacune a dès sa naissance une existence distincte, une vie indépendante et propre, son action à elle : *ab initio* il y a deux créances, l'exercice de l'une n'influe en aucune façon sur l'exercice de l'autre. Il en est ici comme d'un legs *per damnationem* adressé *conjunctim* à deux personnes ; que mon héritier paie cent à Primus et à Secundus : *damnatio partes facit* ; et cependant il n'y a qu'un legs, mais il y a deux créances, une pour chaque légataire. C'est une application de l'antique principe que les créances se divisent de plein droit entre les créanciers. Ce partage de plein droit ne se produit pas seulement à la mort du créancier unique entre ses divers héritiers, il peut encore se produire au moment où se passe le fait juridique générateur de la créance.

Mais la stipulation par un *servus communis* diffère en un point essentiel du legs fait *conjunctim per damnationem* à deux personnes : en effet un tel legs n'admet pas l'accroissement (1), c'est-à-dire que, si pour un motif quelconque l'un des légataires ne peut recueillir le bénéfice du legs, l'autre n'acquiert pas la part du défaillant : tandis que nous insisterons plus tard sur une règle fondamentale en notre matière, à savoir que, ce que l'un des maîtres ne peut acquérir est acquis par l'autre. Dès à présent nous croyons pouvoir donner le motif de cette différence en disant que, en matière de legs, il faut consulter avant tout l'intention du testateur, laquelle a été de ne gratifier chacun de ses légataires que dans la mesure indiquée par lui ; et par suite de n'imposer à ses héritiers le sacrifice de la totalité de la somme léguée que dans le cas où les deux légataires pourraient, ou voudraient la recueillir : tandis qu'en matière de stipulation émanant d'un *servus communis*, il se pose seulement une question de capacité chez

(1) L. 34, § 9, XXX, *de legatis*, 1°.

l'esclave ; il suffit qu'un seul de ses maîtres ait une capacité pleine et entière pour que l'ayant communiquée à l'esclave, l'acquisition de la totalité de la créance se réalise à son profit, dans le cas où l'autre maître serait incapable ; quant au débiteur sa situation n'est pas empirée : il a consenti à promettre telle somme, il est lié ; peu doit lui importer que cette créance se divise ou non entre plusieurs têtes, d'ailleurs ne serait-ce pas le cas d'appliquer l'adage : *nemo debet esse ignarus conditionis ejus cum quo contrahit*, il devait connaître la condition des maîtres de l'esclave et de chacun d'eux en particulier.

Sur quoi porte exactement le droit indivis qu'acquiert chacun des maîtres ? Nous devons distinguer suivant que la stipulation a pour objet un ou plusieurs corps certains, ou bien des choses indéterminées, des quantités. Dans le premier cas, il n'y a pas de difficulté : le *servus communis* a stipulé l'esclave Stichus ; chacun de ses maîtres acquiert un droit de créance sur une portion indivise de Stichus correspondante à son droit de copropriété sur l'esclave commun qui a stipulé.

Mais supposons avec un texte d'Ulpien que l'esclave commun a stipulé la dation de deux esclaves Stichus et Pamphilus ; *non alteri Stichus*, dit le jurisconsulte, *alteri Pamphilus solvi [non] potest, sed dimidia singulorum partes debentur* (1).

La raison en est simple : il importe avant tout d'assurer l'égalité entre les deux maîtres, supposés dans l'espèce propriétaires de l'esclave stipulant chacun pour moitié, et la plupart du temps Stichus et Pamphile ne

(1) L. 29, XLVI, 3, *de solut. et liber*. Cf. L. 54, XLV, 1, *de verb. obl.* : *Cum species stipulamur necesse est inter dominos et inter heredes ita dividi stipulationem, ut partes corporum cuique debebuntur*.

seront pas de même valeur. Cujas (1) fait remarquer très justement que la seconde négation du texte doit être effacée sous peine de dénaturer le sens, et il propose de la reporter dans la phrase qui suit immédiatement et de lire au lieu de *idem que est* — *idem que non est*, *si quis aut duos Stichos aut duos Pamphilos dari promisi, taut communi duorum serro homines decem dare promisit*. L'addition que fait Cujas ici d'une négation changerait totalement le sens du texte. En effet d'après cette version un esclave du nom de Stichus pourrait être payé à l'un des maîtres et un autre esclave du même nom à l'autre maître, ou encore cinq esclaves à l'un, cinq esclaves à l'autre — tandis que si nous maintenons le texte sans correction, une moitié de chaque esclave sera due à chaque maître. Cujas se fonde sans doute sur l'intention probable des parties, lesquelles ont considéré ces esclaves comme étant tous de valeur à peu près égale, et en quelque sorte comme des choses fongibles. — Pothier, qui rapporte l'opinion de Cujas, adoptée, ajoute-t-il, par Wissembach, ne se prononce pas lui-même sur la question de translation de la négation. Il indique seulement que cette opinion était contraire à l'interprétation d'Accurse.

Quant à nous, nous préférierions une autre lecture du texte qui substituerait à *idemque est*, non pas *idemque non est*, ce qui renverse complètement le sens de la phrase, mais *idemne est...* ? le jurisconsulte pose seulement la question qui devra être tranchée en recherchant en fait qu'elle a été l'intention des parties ; en effet Ulpien, auteur de notre fragment, indique aussitôt la raison de douter : *Nam ambigua vox est decem homines, quemadmodum decem denarii, atque utrisque rei*

(1) V. Tome I, col. 1199, D. et Pothier, *ad Pandect.* ad. tit. *de verb. oblig.* XLV, 1, n° 70.

dimidium duobus modis intelligi potest ; c'est-à-dire que l'on peut diviser dix esclaves et dix deniers de deux manières, et attribuer à chacun des maîtres la moitié indivise de chaque esclave, ou de chaque pièce de monnaie, ou bien cinq esclaves, ou cinq deniers. Seulement l'exemple choisi par le jurisconsulte nous paraît un peu impropre, car les pièces de monnaie sont essentiellement des choses fongibles, tandis que l'on ne saurait admettre cette notion qu'assez difficilement pour des esclaves. Ulpien semble le reconnaître lui-même puisqu'il ajoute : *Sed si nummis et oleo ac frumento et similibus quæ communi specie continentur, apparet hoc actum, ut numero dividatur obligatio : quatenus et commodius promissori stipulatoribusque est.* — C'est donc l'intention des parties qu'il faut rechercher, et ici, sans nul doute, elle a été que l'obligation se divise numériquement, au plus grand avantage du promettant et du stipulant.

En résumé, si l'on admet notre interprétation, on peut diviser le texte en trois paragraphes : dans le premier l'espèce proposée atteste que l'intention des parties a été que le partage ne se fasse pas numériquement ; dans le second cette intention est incertaine au premier abord, enfin dans la troisième espèce la division doit évidemment se faire numériquement.

Le texte que nous venons d'étudier a établi clairement l'antithèse entre la stipulation d'une *species* et celle d'un *genus* et quant à cette dernière, la règle, sous certaines réserves, peut donc se formuler en ces termes : *quotiens genera stipulamur, numero fit inter dominos divisio* (1).

Nous croyons devoir présenter quelques explications sur la *stipulatio operarum* que ce même texte range parmi les stipulations ayant pour objet un *genus* : ope-

(1) L. 54 princ. XLV — 1 de verb. obl.

rarum stipulatio similis est his stipulationibus in quibus genera comprehenduntur : et ideo divisio ejus stipulationis, non in partes operarum, sed in numerum cadit. Il s'agit des *operæ liberti*, sortes de journées de service (*operæ sunt diurnum officium*) qu'un affranchi promet à son patron (1).

Les textes nous présentent ces *operæ* comme étant indivisibles, c'est-à-dire qu'elles ne comportent pas de prestations partielles par heures ; c'est ce que nous dit Pomponius : *Nec pars operæ per horas solvi potest, quia id est officii diurni* (2).

Faisons l'application de cette idée dans les deux hypothèses qui peuvent se présenter : Stipulation de plusieurs *operæ*, et stipulation d'une seule *opera*. (3) *Denique Celsus lib. XII scribit, si communis libertus patronis duobus operas mille daturum se juraverit, aut communium eorum servo promiserit quingenas potius deberi, quam singularum operarum dimidias.* Chaque maître aura droit à 500 *operæ*.

Mais toute difficulté n'est pas encore résolue, et il faudra que les deux maîtres se mettent d'accord sur la prestation de ces *operæ*, afin qu'ils ne les réclament pas précisément les mêmes jours (4) de l'affranchi, mais qu'au

(1) L. 1, XXXVIII, 1, *de oper. libert.*. Cf. L. 72, XLV — 1 *de verb. obl.*

(2) L. 3, § 1 *de oper. libert.* et L. 15, § 1 *cod. tit.*

(3) L. 15, § 1, h. t.

On voit le rôle utile et simplificateur que joue le *servus communis* : par une seule stipulation il fera acquérir une créance d'*operæ* à chacun de ses maîtres, patrons du même affranchi, alors que la règle *nemo alieno nomine stipulari potest* s'opposerait à ce que l'un des patrons stipulant des *operæ* pour lui-même, fit en même temps une semblable stipulation pour le compte de l'autre. Au sujet des stipulations *sibi et alii*, rappelons la controverse de l'époque classique : les Proculiens validaient la stipulation pour moitié seulement, les Sabinien la tenaient pour valable pour le tout (au profit du stipulant seul bien entendu) V. Gaius *Comment* III-103, Justinien consacra la première doctrine, L. 64, XVIII 1, *de contrah. empt.*

(4) V. une complication analogue dans la loi 34, princ. VII, 1, *de usuf.*

contraire celui-ci les leur fournisse successivement. Sinon, comme le fait remarquer Julien (1), il serait dur, et presque inique ajoute Cujas, d'obliger un affranchi qui aurait pu se libérer par mille journées de travail à fournir à un de ses patrons cinq cents journées, tandis qu'il devrait payer à l'autre l'estimation de ces mêmes *operæ*. Or il est facile de comprendre que *ea aestimatione nemo tam facile fungitur quam labore corporis sui*. L'affranchi le plus souvent ne se procurera qu'à grand peine la somme à laquelle s'élèvera l'estimation.

Passons à la deuxième hypothèse: *Quid si unam operam servus communis stipulatus fuerit; necesse est utrique dominorum partem operæ tantam, quantam in serco habuerit, petere.* (2) *Solutio autem ejus obligationis expeditissima est si aestimationem operæ malit libertus offerre, aut si consentiant patroni ut his communiter operæ edantur.* Une seule journée de travail est due aux patrons : nous savons qu'elle ne doit pas se diviser par heures, mais on peut en estimer la valeur et la somme sera répartie entre les patrons dans la proportion qui leur est due, toutefois ils peuvent s'entendre pour que l'affranchi fournisse effectivement cette journée de travail pour leur

(1) V. L. 23, § 1, XXXVIII, 1, *de op. lib.* Julien distingue très finement le cas où les deux parties sont de cités différentes, où ils demeurent chacun de leur côté, et celui où *consulto in diversas regiones discesserunt*, puis *libertis simul operas indixerunt* : dans ce dernier cas Julien décide que l'affranchi ne doit pas souffrir de l'obstacle que ses patrons lui ont volontairement créé à ce qu'il s'acquittât de ses obligations. Ce cas est assimilé à celui où l'affranchi serait tombé malade.— *Malitiis non est indulgendum.*

(2) L. 54, § 1, XLV, 1, *de verb. obl.* Remarquons que le principe que nous avons posé est toujours maintenu : chacun des patrons acquiert une créance d'*operæ* proportionnelle à son droit sur l'esclave stipulant, et non pas au droit qu'il avait sur l'ancien esclave commun qui est devenu une sorte d'affranchi commun ; c'est à eux qu'il appartient de corriger par des stipulations particulières l'injustice résultant par exemple de ce que ces deux maîtres en question sont copropriétaires de l'esclave stipulant dans la proportion de 1 à 3 alors qu'ils l'avaient été dans la proportion inverse de l'esclave qu'ils viennent d'affranchir.

commun profit, ce qu'il préférera le plus souvent : par exemple les patrons se partageront le produit de son travail, ou feront travailler pendant une journée l'affranchi pour le compte d'un tiers moyennant une *merces* qu'ils se partageront.

Relativement à la forme, dans laquelle le *servus communis* peut et doit stipuler, nous avons peu de chose à dire : il importe peu qu'il stipule *sibi, vel impersonaliter, aut nominatim omnibus dominis, vel omnium jussu* (1).

Toutefois nous rencontrons ici un texte où l'esprit subtile et formaliste des Romains éclate dans tout son jour (2). *Si communis servus ita stipularetur, Lucio Titio et Gaïo Seïo dari spondes ? qui sunt domini illius, pro virilibus partibus eis ex stipulatione debetur, si vero ita : Dominis meis dare spondes ? pro parte qua domini essent. Si vero ita ; Lutio Titio, et Gaïo Seïo, dominis meis dare spondes ? dubitaretur, utrum ne viriles partes, an pro dominica portione eis deberetur ? Et interesset, quid cujus demonstrandi gratia esset adjectum, et quæ pars ejus stipulationis principalem causam haberet. Sed cum ad nomina prius decursum est, rationabilius esse videtur pro virili parte stipulationem eis adquiri quod dominorum vocabula pro demonstratione habeantur.*

Pomponius nous indique trois formules possibles : 1° *Lucio Titio et Gaïo Seïo dari spondes ?* la créance, nous dit-il, est acquise à chacun des maîtres pour une part virile. Pour mettre cette solution d'accord avec le texte d'Ulpien cité plus haut, et où le jurisconsulte nous disait que dans le cas où la stipulation était faite *nominatim omnibus dominis*, l'acquisition se faisait

(1) L. 7, XLV, 3, *de stip. serv.*

(2) L. 37, *de stip. serv.*

pro dominicis partibus, il faut admettre que l'expression *nominatim* n'a pas ici absolument le même sens que nous lui avons attribué dans le premier chapitre et que nous lui donnerons plus loin lorsque nous traiterons de la stipulation du *servus communis nominatim uni ex dominis* : nous devons traduire avec Pothier cette expression par : *omnibus dominis meis dari spondes ?* (1). C'est la deuxième formule indiquée par Pomponius : 2° *Dominis meis dare spondes ?* Chacun des maîtres acquiert en proportion de son droit de propriété sur l'esclave stipulant. La Glose marque très bien la différence entre les deux formules en disant : *expressis tantum nominibus appellativis, non propriis* ; ce sont deux manières distinctes de stipuler *nominatim*.

3° *Lucio Titio et Gaio Seio, dominis meis dare spondes ?* cette troisième formule est la plus originale : ici l'esclave a stipulé *expressistam appellativis quam propriis nominibus* et Pomponius nous dit que l'hésitation est possible, mais que cependant, en recherchant quelle a été l'intention de l'esclave, quelle est la partie de la formule à laquelle il a attaché le plus d'importance, et en remarquant qu'il a désigné ses maîtres tout d'abord par leur nom propre, il est plus raisonnable de décider qu'il a entendu leur faire acquérir la créance *pro virili parte* ; que si néanmoins il a ajouté les mots : *dominis meis*, c'est seulement pour faire connaître la qualité des personnes pour lesquelles il voulait stipuler, afin que l'on vit bien qu'il ne stipulait pas pour des *personæ extraneæ* (2). En un mot comme dit Pothier (3) *respexit potius ad personas Titii et Seii, quam ad eorum, quatenus sui domini sunt, qualitatem* ; et il ajoute : *Secus ergo, si ita stipulatus esset : dominis meis*

(1) Pothier, *Pandectes*, ad tit. *De stip. serv.*, n° 46.

(2) Pothier, *op. et loc. cit.*

Titio et Seio, quia et tunc ad qualitatem domini prius respexit quam ad personas : c'est une quatrième formule à ajouter aux trois indiquées par Pomponius : ici l'acquisition se fera, conformément au principe, *pro dominica portione*.

Il est d'autres hypothèses beaucoup plus juridiques où la question de la quotité du droit acquise par chacun des maîtres se présente. — Il s'agit d'un fond commun à plusieurs personnes menacé par la ruine d'un bâtiment voisin. C'est le *damnum infectum* (*damnum nondum factum quod futurum veremur*) (1). Pour la protection de la propriété ainsi menacée les Romains ont construit toute une théorie que nous n'avons pas à exposer ici ; contentons-nous de dire que le magistrat autorisait le propriétaire du bâtiment en danger à exiger de son voisin une promesse, par voie de stipulation, de réparer le préjudice éventuel.

Que va-t-il se passer dans notre hypothèse de la copropriété ? L'un quelconque des copropriétaires ne peut stipuler seul la réparation de tout le *damnum infectum*, ce serait stipuler *sibi et alii*. Sans doute tous peuvent s'entendre pour faire ensemble la stipulation, mais un moyen plus simple leur est ouvert, c'est de se faire représenter par un *servus communis* (2) : *Si servus communis damni infecti stipulatus fuisset, perinde habetur ac si ipsi domini suâ voce pro partibus* (3) *stipularentur*. Pour quelle part la créance *ex*

(1) L. XXXIX, 2, *De damno infecto*.

(2) L. 42, XXXIX, 2, *De dam. inf.*

(3) Ces mots de Julien *pro partibus*, pourraient induire en erreur ; on serait tenté de traduire que chacun des copropriétaires stipule sa part d'indemnité. Or voici ce que dit Paul : *Plures earundem aedium domini singuli stipulari debent sine adjectione partis, quia de suo quisque damno stipulatur : quinimo pars adjecta partis partem faciet*, l. 27, *De dam. inf.* Ce stipulant ne deviendrait créancier que d'une partie de l'indemnité afférente à sa part de copropriété. C'est une application, peu conforme

stipulatu va-t-elle être acquise aux copropriétaires? La question n'offre pas de difficulté s'ils ont sur la maison menacée et sur l'esclave stipulant des parts égales de propriété : mais *quid* s'ils sont copropriétaires de la maison, l'un pour un tiers, l'autre pour deux tiers, tandis qu'ils le sont de l'esclave l'un pour un quart, l'autre pour les trois quarts? Si nous appliquions le principe précédemment posé nous devrions décider que ce sera dans cette dernière proportion — mais examinons le texte de plus près : Julien nous dit que : *perinde habetur ac si ipsi domini suâ voce pro partibus stipularentur*. Or si chacun des propriétaires avait stipulé, c'eût été évidemment relativement au préjudice afférent à sa part de copropriété dans la maison commune.

La *Glose* nous montre comment en l'absence même du texte on aurait dû arriver à ce résultat. En effet, dit-elle, l'esclave acquiert à ses maîtres en proportion du droit que chacun a sur lui, *lorsque le bénéfice de la stipulation peut être acquis également à tous*, mais ici manifestement chaque maître ne peut demander que la réparation du dommage causé à sa part de propriété sur la maison, et la part de créance, qui serait afférente à son droit de propriété plus fort sur l'esclave stipulant, doit être acquise à son copropriétaire par application de la règle : ce qui ne peut être acquis par l'un des copropriétaires doit accroître à l'autre.

d'ailleurs à l'intention des parties, de cette règle de droit : *Secundum promissorem interpretamus quia stipulatori liberum fuit verba late concipere*, l. 99, *De verb. obl.*, XLV, 1. On pourrait objecter qu'il s'agit d'une stipulation prétorienne dans laquelle si *ambiguus sermo acciderit, prætoris erit interpretatio, ejus enim mens aestimanda est* l. 9 *de præt. stip.* La réponse est que l'*adjectio partis* ne fait pas partie de la formule proposée par le préteur, elle provient de l'initiative maladroite des parties, et il y a cette autre règle : *Prætoris stipulationibus nihil immutare licet, neque addere, neque detrachere*, l. 52, princ., XLV, 1, *De verb. obl.*

Une autre hypothèse nous fournit un résultat analogue (1).

Si unus ex sociis stipuleur iter ad fundum communem, inutilis est stipulatio, quia nec dari ei potest; sed si omnes stipulentur, sive communis servus, singuli ex sociis sibi dari oportere petere possunt; quia dari eis potest à te. C'est une application de l'indivisibilité des servitudes combinée avec la règle que *nihil per extraneam personam nobis acquiritur*; la difficulté est résolue comme précédemment par l'intervention d'un *servus communis*. Quelle créance va être acquise à chacun des maîtres ?

Évidemment chacun pourra agir pour le tout à l'effet d'obtenir la constitution de la servitude en tant que droit réel par les modes réguliers; l'indivisibilité de la servitude le veut ainsi; d'ailleurs, nous avons l'appui d'un texte (2): *Si fundus, cui iter debetur, plurium sit, unicuique in solidum competit actio (et ita et Pomponius, lib. XXV, scribit). Sed in aestimationem id quod interest veniet, scilicet quod ejus interest qui experietur.* La seconde partie du texte est la plus intéressante pour nous. On suppose que l'un des copropriétaires agissant en justice pour réclamer la constitution de la servitude n'obtient qu'une indemnité basée sur le *quod ejus interest*, c'est-à-dire que le juge estimera d'une part ce que le fonds dominant vaudrait avec la servitude de passage, d'autre part ce que vaut ce même fonds sans la servitude de passage, et il attribuera au copropriétaire une part, dans la différence entre ces deux estimations, correspondante à son droit de copropriété sur le fonds.

(1) L. 19, VIII, 3, *De servit. præd. rust.* Cf. L. 11, VIII, 1, *De servit.*, l. 5, VIII, 4, *Commun. præd.*, et 2, XXXIII, 3, *De servit. legata.*

(2) L. 4, § 3, VIII, 5, *Si servitus vindicetur.*

Mais que déciderions-nous si le *servus communis* avait stipulé une *pœna* pour le cas de non prestation de la servitude, hypothèse très fréquente en Droit romain. Nous croyons qu'alors la *pœna* serait commise *pro partibus dominicis* conformément au principe, en proportion du droit de chacun sur l'esclave stipulant. Voici comment nous raisonnerons pour justifier la différence entre les deux espèces. Lorsqu'il n'y a pas eu de stipulation de peine et que l'un des copropriétaires agit *ex stipulatu* pour réclamer la servitude, il exerce bien un droit qu'il a acquis par l'intermédiaire du *servus communis*, mais lorsqu'ensuite il n'obtient que des dommages-intérêts, cette créance de dommages et intérêts a sa cause juridique dans l'effet quasi novatoire de la *litis contestatio* intervenue dans le *judicium* où il a figuré en personne contre son voisin débiteur de la servitude ; c'est comme s'il avait stipulé lui-même de ce voisin les dommages-intérêts auxquels il a droit. *Nam sicut in stipulatione contrahitur, ita iudicio contrahi* (1). Il n'est plus question du *servus communis*, mais seulement du *quanti interest domini actoris*. Dans la seconde hypothèse au contraire, le copropriétaire agissant *ex stipulatu* pour obtenir sa part de la *pœna*, exerce directement le droit de créance qu'il a acquis par l'intermédiaire de son esclave. Or, en matière de *stipulatio pœnæ*, on n'a à rechercher qu'une seule chose : cette stipulation conditionnelle, qui a une vie propre, est-elle commise ? *Pœnam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur quid intersit, sed quæ sit quantitas, quæque conditio stipulationis* (2).

(1) L. 3, § 9, XV, 1, *De peculio*.

(2) L. 38, § 17, XLV, 1, *De verb. obl.* Cf. L. 32, § 1, IV, 8, *De receptis*. *Non distinguemus in compromissis minor an major sit pœna quam res de qua agitur*. Le chiffre élevé de la *pœna* empêchera que le copropriétaire qui a dans le fond une part beaucoup plus importante que sur l'es-

Avant de passer à la section suivante nous avons une dernière hypothèse à envisager qui nous servira de transition. Le *servus communis* va bien acquérir pour tous ses maîtres, mais l'équité commande un règlement de compte ultérieur entre eux, dans lequel tout le bénéfice de la stipulation sera, en définitive, attribué à l'un des maîtres. Plusieurs textes nous apprennent que le *servus communis* stipulant *ex re unius dominorum* acquiert cependant pour tous (1).

Si servus communis ex re unius stipulatus erit, magis placuit utrique adquiri sed eum cujus ex re facta est stipulatio cum socio communi dividundo, aut societatis judicio, de parte recuperanda recte acturum. La loi précédente nous donne un exemple des stipulations faites *ex re unius dominorum* (2). *Servus communis sive emat, sive stipuletur, quamvis pecunia ex peculio detur, quod alterum ex dominis sequitur utrique tamen acquirit; diversa causa est fructuarii servi* (3).

En effet il est de principe que la stipulation, contrat solennel a sa cause dans les paroles prononcées, et

clave ne soit vraiment lésé. De tout ce qui précède on peut voir combien la notion de la *stipulatio pœna* diffère de notre clause pénale de l'article 1229, C. civ. qui la présente comme une compensation, une fixation des dommages-intérêts faite par avance.

(1) serv. 28, § 1, XLV, 3, *de stip.*

(2) 27 *Hoc titulo.*

(3) V. L. 37, § 2 XLI, 1 *de ad qert don.* Sur le pécule appartenant à un seul des maîtres citons ce texte de Julien : L. 16, VX, 1, *de peculio*, *Quis ergo casus est, quo peculium servi communis ad alterum ex dominis solum pertineat? In primis, si quis servi partem dimidiam vendiderit, nec peculium ei concesserit: deinde, si quis servo communi pecuniam vel res aliquas ea mente dederit, ut proprietatem eorum retineret, administrationem autem servo concederet. — Est etiam ille casus, si alter ademerit, vel si omni quidem modo concesserit dominus; sed in nominibus erit concessio.* Le maître aurait pu avoir au contraire l'intention de faire une donation à ses copropriétaires. V. L. 37, § 1, *de adq. rer. dom.* V. aussi la loi 16, XV, 1, *de peculio.*

que l'on n'a pas à rechercher, au moins en ce qui touche *l'ipsum jus*, son motif véritable (1).

L'acquisition se réalise donc au profit de tous les maîtres, (2) *Sed is ex cujus re adquisitum fuerit, communi dividundo judicio eam summam præcipere potest. Nam bonæ fidei convenit ut unusquisque præcipuum habeat, quod ex re jus servus adquisierit.* — Ce sera un des éléments du compte que le juge aura à examiner quand il règlera les fournissements divers entre les communistes, et il ne sera besoin, pour lui donner ce pouvoir, d'insérer aucune exception dans la formule : il statuera *æquitate judicii quia bonæ fidei est judicium communi dividundo* (3).

SECTION II. — CAS OU LE « SERVUS COMMUNIS »
N'ACQUIERT QU'À UN OU A PLUSIEURS DE SES MAÎTRES.

Ces cas sont assez nombreux : nous les rangerons en trois catégories dont l'étude formera autant de paragraphes.

1° Le *servus communis* stipule *nominatim* pour l'un de ses maîtres ;

2° Il stipule sur le *jussus* d'un de ses maîtres ;

3° La chose stipulée ne peut être acquise qu'à un seul de ses maîtres.

(1) Genty, *Traité des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation d'après le Droit romain*, p. 127 et suiv.

(2) L. 45, XLI, 1 de *adq. rer. dom.* Cf. texte de Julien, L. 24, X, 3 *com. div.*, c'est le troisième chef d'obligations qu'Ulpien nous dit pouvoir exister entre communistes, *si quid ad eum pervenit ex re communi*, L. 3, *princ. com. div.*

(3) L. 14, § 1, *com. div.*

§ 1. — Le « *servus communis* « stipule » *nominatim* »
pour l'un de ses maîtres.

Tout le bénéfice de la stipulation se réalisera au profit de ce maître (1). *Licet autem ei et nominatim alicui ex dominis stipulari, ut ei soli adquirat.*

Il y aura souvent lieu à un règlement de compte dans le *judicium communi dividundo*, par exemple si l'esclave a stipulé pour un seul de ses maîtres le salaire de ses *operæ*, le produit de ses *operæ* doit, en fin de compte, être réparti entre tous les maîtres (2).

Il en serait de même si l'esclave avait stipulé pour l'un de ses maîtres *ex re alterius* : la *nominatio alterius* doit certainement l'emporter sur ce qu'on peut appeler la source de la stipulation ; de même que nous verrons qu'elle l'emporte sur le *jussus* de l'un de ses maîtres ; cela résulte du caractère solennel du contrat verbal de stipulation, et ressort implicitement d'un texte qui prévoit une hypothèse très voisine (3) : *Si servus communis, meus et tuus, ex peculio, quod ad te solum pertinebat, mutuam pecuniam dederit, obligationem tibi adquireret ; et si eamdem mihi nominatim stipulatus fuerit (4), debitorem a te non liberabit, sed uterque nos-*

(1) L. 5, XLV, 3, de *stip. serv.* Cf., L. 27, § 3, *eod. tit.* L. 37, § 3, XLI, 1, de *adq. rer. dom.* — *Comment.* de Gaius, III, 167. — *Instit. de Justinien* III, 28, *per quas person. nob. obl. adq.*, § 3. V. enfin loi 63 § 3, de *adq. rer. dom.* pour la comparaison avec la découverte d'un trésor par l'esclave sur le fonds de l'un de ses maîtres.

(2) L. 28, § 1, de *stip. serv.*

(3) L. 1, § 2, de *stip. serv.*

(4) Il s'agit ici de stipulation suivant de près un *mutuum*. Les lois 6, § 1 et 7, XLVI, 2, de *novat. et deleg.* et 126, § 2, XLV, 1, de *verb. obl.*, prévoyant une telle hypothèse décident qu'alors l'intention des parties est qu'il ne se forme qu'un seul contrat, un contrat de stipulation, absorbant le *mutuum*, et qu'il ne faut pas considérer la créance *ex mutuo* comme novée immédiatement en une créance *ex stipulatu*, (il en serait de

trùm habebit actionem, ego ex stipulatu, tu, quod pecunia tua numerata sit ; debitor tamen me doli mali exceptione summovere poterit. — Ici le copropriétaire pour lequel l'esclave a stipulé *nominatim ex re alterius* acquiert bien en droit pour une action, mais il ne peut l'exercer efficacement; ce résultat est facile à justifier; en effet l'esclave, qui avait d'abord livré à un tiers des deniers provenant du pécule qu'il tenait d'un de ses maîtres, avait acquis à ce maître la *condictio ex mutuo*, (parce que, nous devons le supposer, telle avait été l'intention de l'esclave qui avait fait le *mutuum* au nom de ce maître). L'esclave, disons-nous, ne peut, en stipulant ces mêmes deniers de l'emprunteur au profit de son second maître, éteindre par novation la créance du premier. (V. la section quatrième, § 4 du chapitre précédent). D'autre part le tiers emprunteur ne pouvait être contraint de restituer deux fois les deniers; il repoussera par l'exception de dol l'action *ex stipulatu* que tenterait d'exercer contre lui le second maître. Ce texte montre bien qu'il en eût été différemment, si, en l'absence de *mutuum* préexistant, l'esclave avait stipulé *ex re unius nominatim alteri*, le maître nommé aurait eu seul l'action *ex stipulatu* sauf règlement de compte ultérieur avec son copropriétaire; le tiers n'est pas alors exposé à payer deux fois et peu doit lui importer d'avoir pour créancier l'un ou l'autre des maîtres de l'esclave.

même si c'était la dation *en mutuum* qui suivait immédiatement la stipulation des deniers). Ce qui offre de l'intérêt au point de vue de la preuve que le créancier aura à fournir : dans le dernier état du Droit romain il n'est pas déchargé du fardeau de la preuve de la numération, car l'exception *non numeratæ pecuniæ* la lui imposera; mais il sera du moins dispensé de prouver que cette numération a été translatrice de propriété. L. 56, § 2, XLVI, 1, *de fidej.* Mais toutes ces observations supposent la *datio en mutuum* et la stipulation intervenues entre les mêmes personnes, ce qui ne se rencontrait pas dans notre texte, puisque l'esclave, dans les deux contrats, a emprunté successivement la personnalité de ses deux maîtres.

L'esclave peut stipuler *nominatim* pour plusieurs d'entre ses maîtres. Ulpien (1) nous dit qu'ils acquerront *pro partibus dominicis*. Pour mettre cette solution en harmonie avec la loi 37 à notre titre, nous devons supposer que l'esclave s'est servi de cette formule : *dominis meis Gaio et Seio spondes ?* et non pas de celle-ci : *Gaio et Seio dominis meis spondes ?* Mais d'ailleurs la totalité du bénéfice de la stipulation se partagera entre les deux maîtres nommés : pratiquement voici comment on procédera : Supposons que le *servus communis* appartienne à trois maîtres dans la proportion suivante : à Gaius pour $\frac{1}{4}$, à Seius pour $\frac{1}{3}$ et à Titius pour le surplus, c'est-à-dire pour $\frac{5}{12}$. Cet esclave a stipulé *nominatim* pour Gaius et pour Seius ; la part de Seius est à celle de Gaius dans le rapport exprimé par la fraction $\frac{4}{3}$; Seius aura une créance de $\frac{4}{7}$ et Gaius une de $\frac{3}{7}$.

Un texte suppose la combinaison dans une même formule d'une stipulation faite par l'esclave *sibi et nominatim uni ex dominis* ; *perinde est*, ajoute Ulpien (2), *ac si omnibus dominis et uni ex his stipuletur, veluti Titio et Mævio et Titio, et probable est ut Titio dodrans, Mævio quaudrans debeatur* ; la créance est d'abord divisée en deux parts, Titius en prend une tout entière, puis la moitié de l'autre ; finalement il se trouve avoir une créance de trois quarts, et Mœvius une d'un quart seulement.

Les textes nous offrent encore quelques espèces particulières de stipulations *nominatim uni ex dominis* (3) :

1° *Si communis servus sic stipulatus sit : Decem illi*

(1) L. 7, princip. de stip. serv.

(2) L. 4, de stip. serv.

(3) L. 29, de stip. serv.

domino, eadem decem alteri daré spondes ? la créance tout entière est acquise à chacun des maîtres. C'est la corréalité active. Il en serait de même si les deux maîtres avaient stipulé pour l'esclave commun ; *cum placeat dominum servo dari stipulari posse* (1).

2° A côté de la stipulation corréale se place la stipulation alternative (2) : *Sed si ita stipuletur, Titio decem, aut Mævio fundum, dare spondes ? quia incertum est utriusque adquis erit actionem ; ideo inutilis stipulatio existimanda ierit*. Les Romains, gens économes d'actions, de plus fidèles à leur principe d'interprétation en faveur du promettant et contre le stipulant, ne sachant auquel des deux maîtres accorder l'action, la refusent aux deux.

Ce motif explique un semblable refus d'action dans une espèce voisine (3). *Si cum duos dominos servus haberet, stipulatus fuerit illi aut illi, dominis suis : quæsitum est an consistat stipulatio ? Cassius inutilem esse stipulationem scripsit, et Julianus Cassii sententiam probat ; eoque jure utimur*, ajoute Ulpien. Ce même jurisconsulte, dans un autre texte, revient sur cette hypothèse et dit (4) : *Cum ergo cum Primo aut Secundo dominis stipulatio non constitit, nec solutio est, illa ratio est quia non invenimus in cujus persona stipulatio constitit, in cujus solutio* (5). — Ulpien termine le raisonnement un peu plus loin : *cum enim stipulatur domino aut extraneo servus utrumque consistat, et in domini persona stipulatio at hic* (dans les

(1) L. 39, XLV, 1, *de verb. obl.* et 28 § 2 *de stip. serv.*

(2) L. 10, *De stip. serv.*

(3) L. 9, § 1, *eod. tit.*

(4) L. 11, *in fine, eod. tit.*

(5) Cf. L. 12, *eod. tit.* *Nam cum uterque obligationis capax sit, non invenimus qui adjectus sit, quia non est qui petere possit* : là où il n'y a pas de créancier il est évident qu'il n'est pas besoin d'*adjectus solutionis gratia*.

espèces des lois 9, § 1 et 11, *in fine*) τοῖς ἰσάζουσιν, *id est æquivalens, corrumpit stipulationem et solutionem.*

Au contraire (1) *si sibi aut Primo aut Secundo dominis suis stipulatus sit, et hic tantumdem erit probandum, quod Julianus dixit inutilem esse stipulationem.* — *Sed utrum adjectio inutilis est, an tota stipulatio utilis non est?* Ulpien (2) répond en annulant seulement l'*adjectio*, c'est-à-dire la mention de Primus et de Secundus, mais en validant la stipulation faite *sibi* par l'esclave ; puis il pose la question subsidiaire ; *an ergo in cæterorum persona solutio locum habeat exemplo extraneæ personæ; et puto vel solvi eis posse, quemadmodum cum ego mihi aut Titio stipuler.* Le résultat final est donc celui-ci : si nous supposons quatre maîtres, chacun deux pourra exercer l'action *ex stipulatu pro parte dominica* ; le débiteur aura la faculté de payer la totalité soit à Primus, soit à Secundus ; ceux-ci se trouvent donc être à la fois créanciers pour partie et *adjecti solutionis gratia* pour le tout.

L'esclave qui a stipulé *nominatim* pour un de ses maîtres peut recevoir pour lui un fidéjusseur, il ne pourrait pas obliger ce fidéjusseur envers un autre de ses maîtres qui ne serait pas créancier en vertu de la stipulation principale. Toutefois on admet que ce maître pourra jouer au moins le rôle d'*adjectus solutionis gratia* jusqu'à ce que le véritable créancier ait nové l'obligation par la *litis contestatio* (3).

Voici une autre hypothèse de stipulation alternative (4) : *Si servus communis ita stipuletur : Kalendis*

(1) L. 11, *De stip. serv.*

(2) *Puto*, dit Ulpien, *adjectionem solam esse inutilem eo enim quod ait mihi, omni adquisiit ex stipulatu actionem.* La Florentine donne *omni*. L'édition de Mommsen, d'après la Vulgate, donne *omnibus* qui est préférable ; d'ailleurs le sens ne saurait être douteux.

(3) L. 16, princip. XLVI, 1, *De fidej.*

(4) L. 21, *De stip. serv.*

Januariis decem Titio aut Moevio, uter eorum tunc vivet, dare spondes? inutilem esse stipulationem Julianus scribit; quia non possit in pendenti esse stipulatio; nec apparere utri eorum sit adquisitum. Cette stipulation est nulle *ab initio*, la subordonner à une condition ne peut la rendre valable (1). *In specie legis 21*, dit Cujas, *non est dominus cui retro possit dicere fuisse acquisitam stipulationem; nam tempore contractus alter alteri obstulit, nec poterat vivo utroque alteri acquiri: nec potest igitur alteri acquiri videri retro: et in stipulatione semper spectandum tempus contractus* (2), *si enim in conditionalibus spectamus, et multo magis in puris stipulationibus;*

3^o Étudions une dernière combinaison de la stipulation *uni ex dominis* (3).

Cum servus communis Titii et Moevii stipulatur in hunc modum: decem Kalendis Titio dare spondes? Si decem Kalendis Titio non dederis, tunc Moevio viginti dare spondes? duæ stipulationes esse videntur. Sed si Kalendis decem data non fuerint, uterque dominus ex stipulatu agere poterit, sed in secunda obligatione Moevio promissa Titius exceptione doli summovebitur. Nous sommes en présence de deux stipulations, l'une pure et simple, ou plutôt à terme, dont le créancier est Titius — l'autre subordonnée à l'inexécution de la première promesse au terme fixé, et dont le titulaire doit être Mœvius. Le débiteur ne paye pas 10 à Titius aux Calendes, il doit désormais 20 à Mœvius; c'est une sorte de *stipulatio pœnæ* qui est commise; mais l'équité commande que Titius ne puisse plus

(1) Cf. L. 26, XLV, 3, *De stip. serv.* que nous retrouverons plus tard à propos du *servus hereditarius*. V. Cujas, tome IV, col. 693.

(2) L. 40, *De stip. serv.*

(3) L. 1, § 6, *hoc titulo*. Pothier qualifie cette espèce de *porro elegans*, *ad Pandect, ad stip. serv.*, n^o 13.

réclamer 10 au débiteur ; toutefois ce résultat ne s'opère qu'*exceptionis ope*, parce que l'esclave n'a pu en droit strict faire perdre à Titius (même par une éventualité qui ne dépend nullement de sa volonté, à savoir l'inexécution par le débiteur de sa promesse) la créance qu'il lui avait une fois acquise (1). Cujas fait sur notre texte plusieurs remarques intéressantes : Il redresse d'abord une erreur d'Accurse, qui, trompé sans doute par la singulière rédaction de la fin du texte, avait cru que Titius et Mœvius pouvaient agir l'un et l'autre en vertu de la seconde stipulation ; il propose de substituer à *promissa*, que donne la Vulgate, *commissa*, d'après la Florentine, et émet cette hypothèse ingénieuse que Julien avait écrit *insequenti* au lieu de *in secunda* mots qui seraient dus à une erreur du copiste, lequel aurait commencé par séparer en deux le mot *insequenti*, puis aurait substitué *secunda* à *sequenti*, ajoutant ainsi inutilement une préposition à ce membre de phrase (2).

Enfin nous rencontrons ici comme partout la réception d'une acceptilation : *Servus communis, sicuti uni ex dominis stipulari potest, ita etiam acceptum rogare uni ex dominis potest, eumque in solidum liberat, et ita Octavenus putat* (3).

L'interrogation est faite *nominatim*, car il faut bien désigner la dette et par conséquent celui des maîtres qui

(1) Cf. L. 44, § 6, XLIV, 7, *De obl. et act.* — *Si navem fieri stipulatus sum, et si non feceris, centum, videndum utrum duæ stipulationes sint, pura et conditionalis, et existens sequentis conditio non tollat priorem ; an vero. transferat in se et quasi novatio prioris fiat ? quod magis verum est.*

Jusqu'à Justinien un obstacle s'opposait à ce qu'il y eût une véritable novation, c'est qu'on n'admettait pas facilement la novation par changement d'objet, même par augmentation de la quantité due. V. L. 28, XLVI, 2, *De novat. et deleg.* L. 31, § 5, XXXIV, 3, *De lib. leg.*, Code de Justinien. L. 8, VIII, 41, *De novat. et deleg.*

(2) V. Cujas, *in lib.* 52. *Digest. Salv. Juliani*, VI, col. 361, C. et D.

(3) LL. 8, § 1 et 11, § 2, XLVI, 4, *de accept.*

est débiteur et qui va être libéré. — Si tous les maîtres étaient *correi promittendi*, cette acceptilation reçue par l'esclave les libérerait tous (1).

**§ 2. — Le servus communis stipule sur le jussus
d'un de ses maîtres.**

Quel est l'effet de ce *jussus*? Cette question souleva une évolution de doctrine que nous devons suivre dans les textes en suivant l'ordre chronologique.

Gaius dans ses commentaires, que l'on peut considérer comme ayant été écrits sous Antonin le Pieux avant l'année 158 de l'ère chrétienne (date du sénatus consulte Tertullien, dont ils ne parlent pas) (2) pose les termes de la controverse qui divisait les deux écoles de jurisconsultes (3).

Illud quaeritur an, quod nomen adjectum unius domini efficit, idem faciat unius ex dominis jussum intercedens. Nostri praeceptores (les Sabinien) *perinde ei qui jusserit soli adquiri existimant, atque si nominatim ei soli stipulatus esset servus. Diversae scholae auctores* (les Proculien) *proinde utrisque adquiri putant ac si nullius jussum intervenisset.* Donc les Sabinien donnaient au *jussus unius* la même force qu'à la *nominatio unius* dans la stipulation de l'esclave commun (4). — Les Proculien au contraire n'en tenaient aucun compte ; sans doute par une interprétation stricte des *verba* de la stipulation de l'esclave qui ne conte-

(1) L. 2, XLV, 2, *De duob. reis*, et LL. 13, § 12 et 16, *princ. De accept.*

(2) V. Accarias, II, n° 433, note 1.

(3) *Comment.* III, 167 de Gaius.

(4) Cf. L. 6, *De stip. serv.* texte de Pomponius qui date de la même époque : *Ofilius reste dicebat et per traditionem accipiendo, vel deponendo commodandoque* (nous pouvons ajouter *stipulando*, la place qu'occupe ce texte à notre titre nous y autorise) *posse soli ei adquiri qui jussit: quae sententia et Cassii et Sabini dicitur.*

DE L'ESCLAVE APPARTENANT A PLUSIEURS MAITRES 101
naient aucune mention de ce *jussus unius ex dominis*.

Au commencement du III^e siècle, sous Alexandre Sévère, Ulpien nous présente la solution des Sabinien^s comme l'ayant emporté (1) : *hoc jure utimur ut soli ei adquirat cujus jussu stipulatus est*. — Et Justinien la consacre définitivement dans ses *Institutes* en rappelant que la question avait été autrefois controversée : *licet autem dubitabatur, tamen postnostram decisionem res expedita est* (2). — L'empereur fait allusion à une de ses constitutions que nous devons analyser avec soin (3). Elle élargit le cercle de la discussion en prévoyant le cas de conflit entre la *nominatio* et la *jussio*. Nous devons distinguer deux hypothèses : 1^o L'un des maîtres a donné l'ordre à son esclave en termes généraux, *simpliciter* disaient les anciens commentateurs, de stipuler. Sans difficulté si l'esclave stipule *sibi vel impersonaliter*, il acquerra à ce maître *quod enim sæpe apud antiquos dicebatur jussionem domini non esse absimilem nominationi*. — *Si autem expresserit alium dominum soli ei necesse est acquisitionem celebrari : multo enim amplius oportet valere domini nominis mentionem quam herilem jussionem* ; l'importance des *verba stipulationis* apparaît. — Ce n'est pas ici que gît la véritable difficulté.

2^o L'un des maîtres a donné l'ordre *specialiter ut suo nomine servus ab aliquo stipuletur decem (puta) aureos, vel aliam rem*. Comment traduire *suo nomine* ? Ces mots ne veulent pas dire que l'esclave doit stipuler *nominatim* pour ce maître, *qui jussit*, afin de lui faire acquérir le bénéfice de la stipulation ; car par *à fortiori* de ce que le texte a décidé pour le cas de *jussio*

(1) L. 5, *in fine*, De stip. serv. et L. 8, *hoc tit.*

(2) *Institutes*, III, 28, § 2, *per quas pers. nob. obl. adq.*

(3) *Code*, L. 3, IV., 27, *per quas pers. nob., adq.*

donnée *simpliciter*, ce résultat se produira même si l'esclave stipule *impersonaliter*; ces mots signifient donc que le maître a donné l'ordre de stipuler à un esclave non pas en termes généraux mais en manifestant l'intention d'acquérir seul l'action *ex stipulatu*.

Le texte continue : *Ipse autem servus non ejus qui jussit, sed alterius ex dominis suis fecit mentionem et nomine illius stipulatus est*. Trois opinions pouvaient être émises et avaient en effet été soutenues : *ex omni latere magna pars auctorum multum effuderit tractatum*, dit Justinien dans le style qui lui est propre. L'action *ex stipulatu* sera-t-elle acquise pour le tout au maître *qui jussit*? ou à celui qui a été nommé dans la stipulation? ou enfin doit-on considérer ce conflit de la *jussio* et de la *nominatio* comme détruisant l'une et l'autre, et revenir au principe de l'acquisition *utrique pro dominica portione*? Cette controverse n'est pas la même que celle que nous avons trouvée dans les commentaires de Gaius entre les Sabinien et les Proculien, laquelle ne roulait que sur cette simple question ; dans le cas de *jussio simpliciter* et de *stipulatio impersonaliter* la *jussio* produira-t-elle les mêmes effets qu'eût produit la *nominatio*? Question qui, nous l'avons vu, fut tranchée de bonne heure dans le sens de l'affirmative ; mais il n'était nullement parlé du conflit entre la *nominatio* et la *jussio*; et nous n'avons rencontré aucun texte concernant cette controverse, qui exista cependant au témoignage de Justinien (1).

(1) En dehors du domaine de la stipulation, nous trouvons une controverse analogue : *Si cum mihi donare velles*, dit Julien, *jusserim te servo communi meo et Titii rem tradere, isque hac mente acciperet ut rem Titii faceret, nihil agitur* ; par ce motif, que l'accord des volontés indispensable pour le transport de propriété n'a pas existé. Il est vrai qu'Ulpien, moins logique mais plus indulgent, interprétant l'acte *potius ut valeat quam ut pereat*, admettait le transport de propriété au profit du maître qui avait

L'empereur fait prévaloir la *jussio* sur la *nominatio* et en donne ce motif : *neque enim malignitati servorum indulgendum est, ut liceat eis, domini jussione contempta, et ad alium dominum qui eum forsitan corrumpit, alienum lucrum transferre*. C'est donc l'idée de respect pour la volonté du maître, jointe à la crainte de corruption de l'esclave par l'autre maître, et aussi semble-t-il l'idée que ce maître n'est pas frustré, puisqu'il ne devait pas s'attendre à ce gain inopiné : *quod neque ferendum est, si servus impius domino quidem qui jussit, minime obediendum existimaverit, alii autem, qui forsitam ignoravit et nescit, repentinum adducat solatium*.

donné le *jussus*. V. LL. 37, § 6, XLI, 1, *De adq. rer. dom.* et 13, XXXIX, 5, *De donat.* — Dans la stipulation l'accord des volontés est également nécessaire ; cependant Justinien indiquant les trois opinions qui avaient eu cours n'en mentionne pas une quatrième d'après laquelle la stipulation eût été déclarée inefficace : cette opinion trouva peut-être des défenseurs ; toutefois nous pouvons relever entre les deux hypothèses une différence importante. — Dans celle des lois précitées le *jussus* du maître s'est adressé au tiers et celui-ci a eu la volonté de lui transférer la propriété par l'intermédiaire de l'esclave, lequel a eu au contraire la volonté d'acquérir pour un autre de ces maîtres ; il est manifeste que l'accord des volontés du *tradens* et de l'*accipiens* a fait absolument défaut : tandis que dans notre hypothèse de la stipulation, le *jussus* s'est adressé à l'esclave lui-même, seulement celui-ci n'en a pas tenu compte et a voulu acquérir pour son second maître, il y a conflit entre la volonté du premier maître et celle de l'esclave ; mais y a-t-il conflit entre la volonté de l'esclave et celle du tiers ? Non évidemment, l'esclave ne lui a pas fait connaître le *jussus*, il a désigné dans son interrogation le second maître, et c'est à ce second maître animé que le tiers a effectivement promis.

Cette explication montre bien que la stipulation ne devait pas être déclarée *inutilis*, mais comment concilier la décision de Justinien faisant prévaloir la *jussio* sur la *nominatio* avec la règle cependant essentielle à tous contrats de l'accord des volontés ? Nous avons ne pas en apercevoir de raison bien satisfaisante ; on peut dire cependant que le tiers a certainement consenti à promettre à l'esclave, qu'il savait appartenir à plusieurs maîtres, que peut-être a-t-il eu connaissance de la *jussio*, qu'enfin il est présumé n'avoir pas attaché d'importance à avoir tel ou tel des maîtres pour créancier ; il n'y a pas ici le même *intuitus personae* qui existe en matière de donation par exemple : (V. les lois 37, § 6, *De adq. rer. dom.* et 13, *De donat.* Là, il ne fut jamais question de faire prévaloir la volonté de l'esclave sur celle du maître.

§ 3. — Application de la règle : ce qui ne peut être acquis par l'un des maîtres est acquis par l'autre

*Communis servus duorum servorum personam sustinet : idcirco si proprius meus servus communi meo et tuo servo stipulatus fuerit ; idem juris erit in hac una conceptione verborum quod futurum esset, si separatim duæ stipulationes conceptæ fuissent, altera in personam mei servi, altera in personam tui servi ; neque existimare debemus partem dimidiam tantum mihi adquiri, partem nullius esse mome*n*'i, quia persona servi communis ejus conditonis est, ut in eo quod alter ex dominis potest adquirere, alter non potest, perinde habeatur, ac si ejus solius esset qui acquirendi facultatem habeat.* Ce texte suppose une stipulation émanant d'un *servus proprius*, il semblerait donc que son explication eût dû se placer dans le premier chapitre de cette étude, néanmoins nous avons cru devo*r* la transporter ici, parce que ce qu'il renferme de plus intéressant concerne le *servus communis* qui reçoit le bénéfice de la stipulation (1).

Sur les premiers mots du texte les commentateurs ne manquent pas de citer cette phrase de Paul : *Difficile est ut unus homo duorum vicem sustineat* (2). Mais dans ce dernier texte par extraordinaire *homo* signifie un homme libre et non pas un esclave.

Or si un homme libre ne peut puiser en lui-même deux personnalités, le *servus communis*, qui n'a pas de personnalité propre, emprunte celle de chacun de ses maîtres, *ex persona dominorum personatur*, d'après les Basiliques : c'est ainsi qu'il sera réputé avoir reçu deux stipulations l'une pour moi, l'autre pour mon copro-

(1) Pothier, *Pand, ad tit. de stip. serv.* articulus, I, n° 5.

(2) L. 9, II-14, *de pactis*.

priétaire Titius ; de ces deux stipulations, l'une, la seconde, ne peut valoir, car mon *servus proprius* n'a pu stipuler pour une *extranea persona*, la première demeure vable et je dois en avoir nécessairement tout le bénéfice par une sorte de *jus non decrescendi*, de même qu'un colégataire *per vindicationem* obtient la chose léguée tout entière lorsque son colégataire fait défaut pour un motif quelconque ; il avait vocation au tout et seulement *concursu partes fiunt* (1). — *Interdum*, dit Ulpien, *etiamsi neque jussu neque nominatim dari stipularetur: ei tamen soli adquirere Juliano placuit, utputa si quid forte stipuletur, quod utrique adquiri non potest* (2).

Les applications de cette règle sont nombreuses, nous citerons les principales (3) ;

1° Cas où l'esclave commun à un tuteur et à Titius stipule la chose du pupille (4) ;

2° L'esclave commun à un président de province et à un individu quelconque fait un prêt d'argent en stipulant des intérêts (5) ;

3° L'esclave commun à un citoyen romain et à un pérégrin stipule dans la forme *spondesne ? spondeo* —

4° L'esclave commun à un juif ou à un hérétique, et à un chrétien stipule un esclave chrétien ; (6)

5° Une femme mariée promet 100 dans une intention

(1) V. ce que nous avons dit au commencement de la section première du chapitre II au sujet de la comparaison entre la stipulation d'un *servus communis* et le legs *per damnationem* adressé à plusieurs personnes.

(2) L. 7, § 1 *De stip. serv.*

(3) Nous réservons pour l'Appendice sur les stipulations des fils de familles la loi 18, princ. *de stip. serv.* V. Appendice, § 2.

(4) Arg. de la loi 12, XXVI, 2 *de auct. et cons. tut. et curat.* et nov. 72, chap. 5.

(5) Arg. L. 33, XII. 1, *de reb. cred.* et Code, L. 3, IV. 2. *Si cert. pet.*

(6) Arg. de la loi 56, au Code, § 3. *de episc. et cleric.*, I, 3.

libérale à l'esclave commun à son mari et à un tiers.

Il serait facile de multiplier ces exemples ; avec des textes directement à l'appui nous citerons :

6° Le cas où une dot est promise à un esclave commun dont l'un des maîtres est sur le point de contracter mariage (1). Il est évident qu'il ne peut y avoir qu'un seul créancier de la somme promise à titre de dot, le mari : Gaius nous dit que cette promesse ne pourrait être reçue par deux *correi stipulandi* (2) ;

7° *Servus servitutum ad fundum Cornelianum stipulatus est, qui fundus Sempronii erat, alterius ex dominis, ei soli acquirit* (3). Une servitude prœdiale ne peut en effet être due qu'au propriétaire d'un fond voisin. — Si les deux maîtres avaient chacun un fond dans le voisinage, ils auraient droit chacun à une servitude distincte.

9° Le *servus communis* stipule une chose qui appartient à l'un de ses maîtres (4) ; il est évident que ce maître ne peut rien acquérir par cette stipulation. La stipulation pure et simple d'une *res propria* ne peut pas être validée par cette circonstance ultérieure qu'elle aurait cessé d'appartenir au maître (5). — Il importe peu que l'esclave stipule *impersonaliter*, ou *sibi et Mævio et Titio* ; la mention de Mœvius, le propriétaire de la chose stipulée, est effacée, mais *utile per inutile non vitiatur* ; (6)

(1) L. 3, *De stip. serv.* C. LL. 12 et 59, princ. 3, *de jure dot.*

(2) L. 15, XLV, 2, *de duob. reis.*

(3) L. 7, *in fine. de stip. serv. et 17. loc. cit.*

(4) *Instit. de Just.* III, 17, *de stip. serv.* § 3, *in fine.* — L. 9. Dig. *De stip. serv.*

(5) *Instit. de Just.* III. 19. *De inut. stip.* § 2.

(6) Nous supposons que l'esclave a stipulé d'un tiers, lequel a promis la chose d'autrui, ce qui est parfaitement valable. L. 15, § 3, XLI, 3 *de usurp. et usucap.* L. 91. § 4, XLV, 1, *De verb. obl.* — S'il avait stipulé de Mœvius lui-même. V. la lettre *a*, *in fine.*

10° Enfin le *servus communis* peut stipuler d'un de ses maîtres : deux hypothèses sont encore à envisager.

a. L'esclave stipule d'un de ses maîtres une chose quelconque. Il semblerait que l'intention des parties doit toujours s'interpréter en ce sens que l'autre maître acquière tout le bénéfice de la stipulation. Ulpien décide qu'il n'en sera ainsi que si l'esclave a stipulé *nominatim* pour l'autre maître ou sur son *jussus* (1) c'est le droit commun et rien de plus ; dans ce cas et par l'intermédiaire de ce même esclave, nous dit-il, le maître qui s'était constitué débiteur de son copropriétaire pourra être libéré par une acceptilation. *Sic fieri ut per unum atque eundem servum et constituatur et tollatur obligatio.* (2)

Revenons à la loi 7, *de stip. serv.* *Sin autem*, ajoute Ulpien, *sine ulla adjectione pure stipulatus sit, reliquas partes is servus cæteris sociis præter eam partem, ex qua promissor dominus esset, adquirit.* Si l'esclave a stipulé *sibi vel impersonaliter* le promettant devient débiteur envers ses associés sous la déduction de sa part de propriété sur l'esclave stipulant, dont il fait confusion sur lui-même. Nous le répétons ce n'est pas là rechercher la véritable intention des parties (3), mais la stipulation est un contrat de droit strict dont les *verba* s'interprètent contre le stipulant et en faveur du promettant. D'ailleurs, peut-on dire un peu subtile-

(1) L. 7, § 1, *de stip. serv.*

(2) L. 8, § 2, XLVI, 4 *De accep.*

(3) En matière de legs adressé par un des communistes à l'esclave commun nous trouvons une solution toute différente mais s'expliquant par la faveur dont jouissaient les testaments et la latitude plus grande d'interprétation dont ils étaient susceptibles. (L. 63, § 9, XVII, 2, *pro socio*): l'associé survivant qui en bénéficie n'a pas à en faire raison à l'héritier du prédécédé ; *non enim propter communionem hoc acquisitum est, sed ob suam partem, nec oportet id communicari quod quis non propter societatem, sed propter suam partem adquisierit.* Adde. L. 49, princ. XXXVII, 2, *Ad leg. Falcid.*

ment, le promettant peut acquérir sa part, cela par voie de rétention ; c'est ce que nous appliquerions si le *servus communis* stipulait d'un de ses maîtres une chose lui appartenant.

b. L'esclave qui stipule d'un de ses maîtres est en même temps l'objet de la stipulation :

Deux textes à notre titre visent cette hypothèse (1) :

Servus communis ipse SE sibi stipulari non potest, quamvis constaret eum se stipulari domino posse, non enim se domino acquirit, sed de se obligationem (2).

Tous les interprètes sont d'accord pour restituer le pronom *se* entre *ipse* et *sibi*. Pothier (3) émet cette conjecture : *forte ita scriptum erat in Archetypo: ipSE; et errore librariorum neglecta est vis reduplicativa litterarum Majuscularum*. — Ceci dit sur la rédaction même du texte, passons à son explication : Tout se réduit à une question de formule ainsi qu'il appert plus clairement d'un texte de Papinien (4) : *Si servus Titii et Mævii partem quæ Mævii est sibi dari stipuletur, nulla stipulatio est, cum si Titio dari stipulatus fuisset, Titio acquireretur. Quod si simpliciter (id est impersonaliter) concepta est stipulatio, veluti partem eam quæ Mævii est dari spondes? non adjecto mihi, prope est, ut, quia sine vitio concepta est stipulatio, sequatur ejus personam cujus potest*. Nous avons déjà rencontré dans le premier chapitre des cas où la validité de la stipulation dépendait seulement de la formule employée (5). Si l'on annule ici la stipulation faite *sibi* par l'esclave c'est qu'on

(1) Il est un autre cas où l'esclave est lui-même l'objet du contrat qu'il fait : c'est lorsqu'il donne à un tiers mandat de l'acheter à l'effet de l'affranchir ensuite V. Dig. L. 54, princ. XVII, 1, *mandati*, et Code L. unique. IV, 36. *Si servo cetero*.

(2) L. 2 *De stip. serv.*

(3) *Pandect. ad tit. de stip. serv.* n° 22.

(4) L. 18, § 1. *De stip. serv.*

(5) L. 38, *De stip. serv.* L. 20, XXIV, 1, *De don. int. vir. et ux.*

ne comprendrait pas qu'il pût se recevoir lui-même; pour deux raisons, dit la *Glose*, l'une naturelle ou philosophique, c'est que *nemo etiam liber est dominus sui* (1); l'autre juridique qui est que l'esclave ne peut rien acquérir en propre. Cela est vrai, mais il faudrait alors annuler toutes les stipulations que ferait l'esclave *sibi*; disons donc seulement que la formule *se ipsum sibi dari* présentant quelque chose de contradictoire dans les termes avait été repoussée par les Romains. Mais *non repugnat*, dit Pothier (2), *ut servus, qui pro parte meus est, pro altera parte mihi debeat, et hanc obligationem per ipsum acquiram*. Sur la fin de la loi, il explique que tout autre chose est *rem stipulari*, et tout autre chose *rem adquirere*; il serait absurde que l'esclave fût à la fois la cause de l'acquisition et l'objet de l'acquisition, tandis qu'il est seulement l'objet de l'obligation qu'il acquiert à son maître, *pro parte quæ hujus domini non est*. Cela était assez inutile à dire, car il est bien avéré qu'en droit romain le contrat de stipulation n'avait pas par lui seul la vertu de transférer la propriété (3).

Nous avons supposé avec Pothier et Cujas que le promettant dans la stipulation que nous venons d'étudier était l'un des copropriétaires de l'esclave.

Rien dans les textes que nous avons cités ne l'indique; et il se pourrait fort bien que ce fût un tiers promettant la chose d'autrui. — Il paraît cependant plus simple de supposer que l'esclave se stipule d'un de ses maîtres; mais alors une objection se dresse, que les auteurs que nous venons de citer, non plus que la *Glose*, ne semblent avoir prévue: la loi 7, § 1, *De stip.*

(1) L. 13, princ. IX 2, *Ad leg. Aquil.*

(2) Pothier, *Pandectes ad tit, De stip. serv.* n° 22.

(3) L. 3, princ. XLIV, 7, *De obl. et act.* — *Code*, L. 20, II, 3. *De pactis.*

serv. nous a dit que lorsque l'esclave commun stipulait *impersonaliter* d'un de ses maîtres, celui-ci devenait débiteur de ses copropriétaires sous la déduction de sa part de propriété sur l'esclave dont il faisait confusion sur lui-même ; appliquant ce raisonnement dans notre hypothèse et en supposant deux copropriétaires d'un esclave, l'un pour un tiers, l'autre pour les deux tiers : l'esclave se stipule du premier, c'est dire que le premier doit un tiers de l'esclave au second sous la déduction de son propre tiers dans cette acquisition : il devrait donc finalement conserver par droit de rétention un neuvième de l'esclave. Or tel ne paraît pas être le résultat qui est au contraire de faire acquérir à l'un des maîtres tout ce qui lui manque de l'esclave. Les Romains ont sans doute voulu favoriser la cessation de l'indivision qui est le but cherché des parties (1).

(1) Nous trouvons ici une application du texte célèbre d'Hermogénien : *Divisionis placitum nisi traditione vel stipulatione sumat effectum, ad actionem, ut nudum pactum, nulli prodesse poterit.* L. 45, II, 14 *De pactis*.

CHAPITRE III

DE DIFFÉRENTES SITUATIONS DANS LESQUELLES UN ESCLAVE PEUT SE TROUVER

Après le *servus proprius* et le *servus communis* nous rencontrons des situations nombreuses dans lesquelles un esclave (1) peut se trouver, et qu'il est assez difficile de classer méthodiquement. Nous essaierons cependant de les ranger dans les trois catégories suivantes :

- 1^o De l'esclave dont la propriété est démembrée ;
- 2^o De l'esclave possédé par un tiers ;
- 3^o De la pluralité d'usufruitiers ou de possesseurs de l'esclave.

SECTION 1^{re} — DE L'ESCLAVE DONT LA PROPRIÉTÉ EST DÉMEMBRÉE

Ici nous devons encore subdiviser. Il y a deux sortes de démembrements de la propriété : En pur droit civil le *dominium* peut se trouver divisé en *nudum domi-*

(1) Nous entendons toujours parler de l'esclave qui a un maître, sinon en droit du moins en fait, réservant pour un quatrième chapitre les hypothèses d'esclaves sans maître.

nium ex jure Quiritium, et *in bonis habere* ou *dominium bonitarium*.

D'autre part, et d'après le droit des gens, le *droit de propriété* s'analyse en nue propriété, usufruit, usage.

ARTICLE 1^{er}. — *Stipulations d'un esclave ayant un propriétaire quiritaire et un propriétaire bonitaire.*

Dans cette situation il n'y a aucun partage des attributs utiles de la propriété entre les deux *domini* (1). Gaius nous dit en effet : *ex omnibus causis ei soli per eum adquiri cujus in bonis est*; il ajoute cependant (2) : *Sed qui nudum jus Quiritium in servo habet, licet dominus sit, minus tamen juris in ea re habere intelligitur quam usufructuarius et bonæ fidei possessor; nam placet ex nulla causâ ei adquiri posse, adeo ut etsi nominatim ei dari stipulatus fuerit servus, quidam existiment nihil ei adquiri. Quidam* c'est la minorité : donc l'opinion dominante admettait la validité des stipulations de l'esclave faites *nominatim domino ex jure Quiritium*; ce qui prouve qu'il n'était pas pour l'esclave une *persona extranea*. De nombreuses questions pourraient être soulevées, notamment celles-ci : *Quid* de la *jussio* de ce maître ? *quid* de la *stipulatio ex re unius ex illis dominis* ? comment trancher le conflit entre la *jussio* et la *nominatio* ? Nous ne nous arrêterons pas à faire des conjectures que n'appuierait aucun texte, on sait en effet que Justinien a supprimé cet antique démembrement de la propriété.

(1) *Comment.* II, 88, et règles d'Ulpien, XIX, 20. *De domin. et adquis. rer.*

(2) *Comment.* III, 166, de Gaius.

ARTICLE II. *De l'esclave grevé d'un droit d'usufruit*(1).

Nous sommes ici en présence d'un véritable démembrement de la propriété ; l'esclave appartient à deux maîtres, à l'un en nue-propriété, à l'autre en usufruit, mais il n'y a pas indivision, laquelle suppose nécessairement la coexistence de deux droits de nature identique sur le même bien. L'esclave doit ses acquisitions à l'un et à l'autre de ses maîtres suivant cette règle que posent les textes (2) : le *servus fructuarius* ne peut stipuler pour l'usufruitier que *ex re ejus, vel ex operis suis* ; toutes autres stipulations ne peuvent profiter qu'au nu-propriétaire. On voit donc que le nu-propriétaire demeure le véritable maître (3) de l'esclave, et qu'en principe l'usufruitier doit-être considéré comme une *persona extranea* par rapport à cet esclave ; ce n'est qu'exceptionnellement qu'il pourra acquérir par son intermédiaire. (4).

(1) Il est une autre servitude personnelle, celle qui a pour objet les *operæ servi*, qui se confond presque à notre point de vue avec l'usufruit. V. lib. VII, tit. 7, *De op. servi* ; du moins quant aux acquisitions dont le titulaire peut bénéficier par l'intermédiaire de l'esclave : elle s'en sépare au point de vue des causes d'extinction dans lesquelles ne rentrent ni la *capitis deminutio*, ni même la mort du titulaire.

(2) *Institut.* II, 9, *per quas person. nob. adq.* § 3 et III-28 p. q. *pers. nob. obl. adq.*, § 1 et 2. — *Comment.* de Gaius, II, 91 et III, 164 et 165. — *Sent.* de Paul, V-7, § 3, *De verb. oblig.* et *Règl.* d'Ulpien, XIX-21, *De dom. et adq. rer.* L. 10, § 3, au *Dig.*, XLI, 1, *De adq. rer. dom.*

(3) Le langage même des textes en témoigne ; son droit est appelé tantôt *nuda proprietas*, tantôt *proprietas* tout court. Gaius, *Comment.*, II, 30 et L. 14, § 3. *Dig.* VII-8, *De usu et habit.* Paul nous dit dans la loi 25, § 1, L. 16, *De verb. sign.* : *Recte dicimus eum fundum (vel servum) totum nostrum esse, etiam cum ususfructus alienus est ; quia ususfructus non domini pars, sed servitutis sit.* Quintus Mucius ait, *partis appellatione rem pro indiviso significari.* V. Accarias, *Précis de Droit romain*, 3^{me} édit., I, n° 274, p. 657.

(4) Nous avons prévenu que nos vieux auteurs avaient cherché des hypothèses en Droit français (ancien) correspondantes à celle des esclaves

Il n'y a pas à rechercher qu'elle est la source de l'usufruit, quel a été son mode de constitution : toutefois deux textes d'Ulpien témoignent d'une légère controverse qui exista sur ce point. *Quod autem dicimus ex re fructuarii vel ex operis posse adquirere, utrum tunc locum habeat, quotiens jure legati ususfructus sit constitutus, an et si per traditionem vel stipulationem, vel alium quemque modum videndum ? et vera est Pegasi sententia, quam et Julianus lib. XVI secutus est; omnia fructuario adquiri* (1). Nous ne devons pas être surpris de voir que quelques jurisconsultes avaient voulu traiter plus favorablement l'usufruit constitué par legs, c'est un exemple de plus de la faveur dont jouissaient à Rome les dispositions testamentaires, et d'ailleurs le legs n'était-il pas le mode le plus ancien et à coup sûr le plus usité de constitution de l'usufruit ? La portée des derniers mots du texte ne saurait être douteuse, l'usufruitier ne peut pas acquérir *omnia* par l'intermédiaire de l'esclave, mais seulement *ex re sua vel ex operis*. Il est à croire qu'un copiste maladroit a écrit *omnia* au lieu de *omni* ; Ulpien a évidemment voulu dire que tous les usufruitiers doivent être placés sur la même ligne : les *Basiliques* donnent en effet cette traduction (2) : παντί τῷ τῆν χρηστέν εχοντι.

Noodt (3) fait remarquer ingénieusement qu'il suffit de lire *omni* à *fructuario*, ce qui explique plus facilement

romains. C'est ainsi que Bartole a ingénieusement comparé le *servus fructuarius* au *monachus unius monasterii positus ad regimen alicujus ecclesiae, ut illi ecclesiae quaerat ex re vel ex opera sua, monasterio vero proprio quaerat aliis casibus*, ad. tit. *De stip. serv.*, III, p. 81, de la deux. partie.

(1) L. 21 et 55, § 7, VII, *De usufructu*.

(2) *Basilic.*, lib. XVI, tit. I. Cf. Cujas, obs. XI, cap. 36, tome III. Pothier, *Pandectes* ad tit., *De adq. rer. dom.*, n° 82.

(3) Noodt, I, p. 352 citant Giulelmus Best, *De rationib. emend. leg.*, cap. 7 § 7, p. 89.

encore l'erreur du copiste. En dehors des deux causes indiquées, le *servus fructuarius* ne peut acquérir à l'usufruitier : τα τυχηρα, disent les Basiliques sont pour le nu-propriétaire (1).

Quel serait l'effet de la *jussio* ou de la *nominatio fructuarii*? La solution n'est pas la même dans les deux cas (2) : *Si jussu fructuarii aut bonæ fidei possessoris servus stipuletur ex quibus causis non solet iis adquiri, domino acquirit*, —il est donc fait abstraction de la *jussio fructuarii*. — *Non idem dicetur si nomen ipsorum in stipulatione positum sit*; car alors s'applique la règle *servus alienus, alii nominatim stipulando, non acquirit domino* (3).

C'est sous cette réserve qu'il convient d'entendre ce texte un peu absolu dans ses termes (4) : *Quæstionis est an id, quod fructuario adquiri non potest, proprietario acquiretur? et Julianus quidem lib. XXXV Digestorum scripsit, quod fructuario adquiri non potest, proprietario quæri* (5). — Cette même loi 25 au § 4 nous en offre un exemple : *Servus fructuarius si usumfructum in se dari stipuletur, aut sine nomine, aut nominatim proprietario, ipsi proprietario acquirit exemplo servi communis* (6).

L'hypothèse est celle-ci : le *servus fructuarius* stipule l'usufruit de lui-même : comme cet usufruit appartient déjà à l'usufruitier, la stipulation ne peut être efficace qu'au profit du nu-propriétaire. Le but cherché est l'extinction de l'usufruit, résultat éminemment favorable (7).

(1) V. L. 63, § 3, XLI, 1, *De adq. rer. dom.*

(2) L. 31, *De stip. serv.* et l. 25, § 3, VII, 1, *De usufructu* et l. 22, *De stip. serv.*

(3) L. 30, *De stip. serv.*

(4) L. 25, § 3, VII, 1, *De usufructu*.

(5) V. pour les applications le chap. II, sect. II, § 3.

(6) V. L. L. 2, et 18, § 2, *De stip. serv.* analysées plus haut.

(7) Code, 16, III, 33, *De usuf. et habit.*

(Comp. précédemment l'extinction de l'indivision.) Aussi suffit-il que l'esclave ait stipulé *impersonaliter*; si dans la stipulation que nous étudions le stipulant est un tiers, il n'y a pas de difficulté; mais si c'est l'usufruitier lui-même, le résultat est remarquable, car, si l'esclave avait stipulé de lui toute autre chose lui appartenant, la stipulation eût été nulle, à moins qu'elle n'eût été conçue *nominatim proprietario* (1). Mais nous le répétons, les Romains favorisaient toutes les causes d'extinction de l'usufruit. Nous devons étudier en détail chacune des sources d'acquisitions au profit de l'usufruitier.

§ 1. — Le *servus fructuarius stipule ex re fructuarii*.

Que faut-il entendre exactement par ces expressions? D'une façon générale ce sont les stipulations qui ont leur cause dans les bénéfices retirés de l'exploitation du pécule (2). Telle est bien la notion que nous donne Paul (3): *Ex re fructuarii etiam id intelligitur, quod ei fructuarius donaverit, concesseritve, vel ex administratione rerum ejus compendii servus fecerit*. Il faut que l'intention de l'usufruitier de confier ces biens à l'esclave à titre de pécule soit certaine, car suivant les circonstances les biens ainsi remis à l'esclave seraient

(1) L. 25, § 5, *in fine*, VII, 1, *De usuf*. Cf. Si l'esclave stipule de l'usufruitier lui-même *ex re suâ*.

Cependant Julien avait posé en termes généraux la règle suivante : *quod fructuario adquiri non potest proprietario quaeri* : Nous ferons remarquer qu'il est beaucoup moins grave d'attribuer au nu-propriétaire les acquisitions qui ne peuvent pas profiter à l'usufruitier, que de déclarer ce dernier débiteur lui-même du nu-propriétaire, il fallait que sa volonté de s'obliger résultât des termes mêmes de la stipulation. *Secundum promissorem*.....

(2) V. Accarias, II, n° 687, *in fine*

(3) L. 31, VII, 1, *De usuf*.

acquis au nu-propriétaire, et l'esclave les tiendrait en pécule de ce dernier et non plus de l'usufruitier (1).

L'esclave peut aussi recevoir des libéralités d'un tiers, le sort de l'acquisition sera réglé différemment suivant que la libéralité sera faite *contemplatione fructuarii*, *vel proprietarii* (2); la décision du texte semble fondée plutôt sur la coutume, *usitatum est*, que sur les principes stricts de notre matière, car au moment où cet esclave stipule il n'y a aucune valeur dans le patrimoine de l'usufruitier, ce n'est donc pas à proprement parler *ex re fructuarii* qu'il a stipulé. Du reste la présomption n'est pas en faveur de l'usufruitier, elle est au contraire que le disposant a voulu gratifier le propriétaire par l'intermédiaire de l'esclave (3).

C'est ici le lieu d'examiner quel est le fondement de l'acquisition que réalise l'esclave pour l'usufruitier lorsqu'il stipule *ex re ejus*. Certains auteurs (4) le placent dans le droit d'usage qui est compris dans l'usufruit. Un texte d'Ulpien pourrait être invoqué en ce sens, parlant en effet du *servus usuarius* (l'esclave grevé d'un droit d'usage), il dit, que je puis acquérir par lui *ex re mea, cum hac opera ejus utar*. (V. l'article III de cette section). Un autre texte tendrait également à favoriser cette opinion (5); Pomponius se demande si mon *servus fructuarius fugitivus* stipulant *ex re mea* empêche l'extinction de l'usufruit par non usage, *an per hoc quasi utar ipsum retineam usumfructum?* et il admet l'affirmative. Ulpien après avoir cité cette opinion de Pomponius poursuit en ces termes: *Julianus*

(1) L. 37, § 1, XLI, 1, de *adq. rer. dom.* du reste l'esclave peut tenir un pécule de chacun d'eux. L. 43, § 2, *eod. tit.*

(2) L. L. 23 et 24, VII, 1, *De usuf.*

(3) V. Accarias, I, p. 735, note 2.

(4) Voir Genty. *Traité des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation d'après le Droit romain* p. 107 et 108, V. L. 14 princ. VII, 8. *De usu et habit.*

(5) L. 12, § 3, VII, 1. *De usu fructu, et fragm. Vatic.* n° 89.

tamen. lib XXXV, Digestorum scribit, etiamsi nonstiduletur quid servus fugitivus retineri tamen u umfructum nam, uaratione; inquit, retinetur proprietario posses sio etiam si in fugâ servus sit, pari ratione etiam ususfructus retinetur. — Or nous savons que *utilitatis causa receptum est, ut impleatur usucapio, quamdiu nemo nactus sit ejus possessionem* (1), malgré la perte du *corpus* le maître conserve la possession de l'esclave fugitif et continue à l'usucaper tant qu'un autre ne s'est pas emparé de lui, ajoutons : pourvu que l'esclave ne se comporte pas comme libre avec l'intention de soutenir la *liberalis causa* (2) contre son maître, mais il faut qu'il ait vécu longtemps en liberté, sinon le maître continuerait à le posséder *animo tantum* (3).

Le motif d'utilité pratique est évident : sans cela les maîtres serait à la merci de leurs esclaves : de plus on peut présumer l'esprit de retour tant que l'une des circonstances indiquées n'est pas venue s'ajouter au fait simple de la fuite. Ces mêmes raisons militaient en faveur de l'usufruitier. C'est ce qu'a reconnu Julien (4), dont Ulpien continue à rapporter la doctrine : *idem tractat : quid, si quis possessionem ejus nactus sit, an quemadmodum a proprietario possideri desinit, ita etiam ususfructus amittatur* (5) *et primo quidem ait posse dici amitti usumfructum ; sed licet amittatur,*

(1) L. 15, § 1, XLI. 3 *De usurp. et usuc.* L. 50, § 1, XLI, 2 *De adq. vel am poss.* L. 25, § 2, *in fine*, XL, 12, *De liberali causa* ; Ce même texte décide que pendant l'instance *Licet Vulgo dicatur post ordinatum liberale judicium hominem cujus de statu controversia est, liberi loco esse, tamen si servus sit certum est nihilominus eum quo*1* ei tradatur vel stipuletur, perinde domino adquirere atque si non de libertate ejus quærebatur.*

(2) L. 1, § 14 XLI, 2. *De adq. vel. amit. pers.* et L. 21, VI. *De rei vindic.*

(3) L. 3, § 10, XLI, 2, *de adq. vel am. poss.*

(4) L. 12, § 4, VII, 1, *De usuf.*

(5) Ou plutôt *in actu sit amittendi, incipiat amitti tempore*. V. la Glose ad. h. L. l'usufruit ne saurait être perdu instantanément, mais le délai de non usage commence à courir.

tamen dicendum quod intra constitutum tempus (c'est le délai de non usage, un an à l'époque classique, 3 ans sous Justinien, puisque l'esclave est un meuble) *ex re fructuarii stipulatus est, fructuario adquiri potest.*

De cette dernière décision Julien tire une déduction hardie : *Per quod colligit posse dici nequidem si possideatur ab alio amitti usumfructum, si modo mihi aliquid stipuletur; parvique referre abherede, vel ab alio cui hereditas vendita sit, vel cui proprietas legata est, an a prædone*; Julien veut dire qu'il importe peu que le possesseur de l'esclave soit le nu-propriétaire lui-même ou un tiers quelconque usurpateur : *sufficere enim*, et telle est sa formule définitive, *ad retinendum usumfructum esse affectum retinere volentis et servum nomine usufructuarii aliquid facere*; et Ulpien ratifie tout ce système : *quæ sententia habetratorem.*

En résumé voici qu'elle est d'après ces deux jurisconsultes la situation de l'usufruitier lorsque l'esclave a pris la fuite : tant que celui-ci n'est pas appréhendé par un tiers le délai de non usage ne court pas, sans qu'il soit besoin que l'esclave stipule pour l'usufruitier.

Lorsqu'un tiers s'est emparé de l'esclave fugitif le délai de non usage commence à courir, mais il sera interrompu par les actes quelconques que ferait l'esclave au nom de l'usufruitier, notamment par une stipulation.

Après cette longue discussion revenons à la question que nous examinons, le droit pour l'usufruitier d'acquérir *ex re suâ* par l'intermédiaire de l'esclave dérive-t-il de son droit réel d'*usus*? nous ne le croyons pas malgré les inductions que l'on peut tirer des deux textes. En effet nous voyons d'une part que le nu-propriétaire bénéficie de la stipulation que l'esclave ferait

nominatim ei ex re fructuarii sauf règlement de compte ultérieur avec l'usufruitier (1) : cependant le nu-propriétaire n'a aucunement le *jus utendi*. D'autre part nous voyons que Gaius continue à attribuer au possesseur, quoique devenu de mauvaise foi, les acquisitions de l'esclave *ex re ejus* (2) : or lui non plus n'a pas le *jus utendi* et ne peut être assimilé soit à un usufruitier soit à un usager (3).

Nous préférons une autre notion qui est celle-ci : en principe le *jus stipulandi* de l'esclave dérive de l'emprunt qu'il fait de la personnalité de son maître ; or le *dominus* seul peut prêter sa personnalité à l'esclave, et il le peut toujours, alors même que la propriété est divisée, ou démembrée. Si l'usufruitier peut acquérir par l'intermédiaire de l'esclave *ex re suâ*, c'est, non pas parce qu'il fait ainsi usage de l'esclave, mais parce que les Romains ont préféré fixer *ab initio* sur sa tête une acquisition qui, si elle avait été attribuée d'abord au nu-propriétaire, aurait dû ensuite être restituée à l'usufruitier, en vertu de cette règle élémentaire que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui (4).

C'est donc dans un but d'utilité pratique qu'il a été admis que le *servus fructuarius* pourrait dans une certaine mesure stipuler pour l'usufruitier. Cette idée se manifeste par cette expression même de Gaius (5),

(1) L. 22, *De stip. serv.*

(2) L. 20, VI-1, *de rei vindicat.*

(3) On serait tenter d'ajouter la considération suivante : Nous avons vu que chacun des communistes pourrait donner l'ordre au *servus communis* de stipuler à son profit exclusif, sans qu'il ait à en rendre compte à ses copropriétaires ; or si c'était là user de l'esclave, ceux-ci ne pourraient-ils lui reprocher d'avoir accaparé un usage exclusif de la chose commune ? Mais il serait facile de répondre que les autres copropriétaires ne sont véritablement pas lésés, car cet usage bien qu'exclusif ne demande à l'esclave, ni temps, ni travail.

(4) Comp. Accarias, I, n° 299.

(5) *Comment.* II, § 91, *Inst.* II, 9, p. 9, *pers. nob. adq.* § 4.

reproduite par Justinien : *ita placuit*... est-ce ainsi que l'on motive une décision fondée sur un droit absolu qui découlerait nécessairement du *jus utendi*?

Mais ici une objection se présente. Nous avons vu que la stipulation faite *impersonaliter* par le *servus communis ex re unius dominorum* ne profitait pas à ce maître exclusivement, mais que son bénéfice était réparti entre tous les maîtres *pro partibus dominicis* sauf règlement de compte ultérieur, tandis que la stipulation faite par le *servus fructuarius impersonaliter ex re fructuarii* profite exclusivement à ce dernier (1).

L'objection est facile à lever : Les copropriétaires ont des droits de même nature qui, quant à leur étendue, sont dans un rapport bien déterminé ; tandis que le nu-propiétaire et l'usufruitier ont des droits essentiellement distincts entre lesquels une proportion serait presque impossible à établir ; on ne voit pas bien pour quelle part l'usufruitier acquerrait, pour quelle part le nu-propiétaire ; la proportion serait même de nature à varier fréquemment suivant les chances diverses d'extinction de l'usufruit à telle ou telle époque entraînant augmentation ou diminution de sa valeur. De plus, et c'était là croyons-nous le point essentiel aux yeux des romains, les communistes ne sont pas étrangers l'un à l'autre, ils sont unis par des rapports d'obligations quasi contractuelles, (ou contractuelles s'il y a entre eux société proprement dite) qui doivent dans un avenir plus ou moins rapproché se dénouer dans le *judicium communi dividundo* ; rien ne sera plus facile que d'y comprendre ce règlement de l'indemnité à laquelle a droit l'un des communistes. Au contraire le nu-propiétaire et l'usufruitier ont des droits absolument in-

(1) V. L. 37, XLI, 1, *De adq. rer. dom.* qui relève la différence avec le cas du *servus communis*.

dépendants, il ne doit pas intervenir entre eux de règlements de compte réciproques (1) ; il eût donc fallu créer une action au profit de l'usufruitier contre le nu-propriétaire ; or les Romains, on l'a souvent dit, étaient avares d'actions, ils voulaient avant tout éviter les procès ; et ici rien n'était plus facile. — Enfin on peut ajouter qu'entre plusieurs personnes copropriétaires d'un même esclave, il n'est pas déraisonnable de supposer une communauté d'intérêts multiples que cet esclave est précisément employé par eux à administrer ; par suite on pouvait présumer que l'esclave stipulait *ex re communi*, sauf à l'un des copropriétaires à faire lors du *judicium communi dividundo* la preuve que la stipulation de l'esclave avait été faite en réalité *ex re sua*.

Mais en certains cas, les Romains ne purent éviter ce règlement de compte entre le nu-propriétaire et l'usufruitier. Car, nous venons de le dire, le *servus fructuarius* stipulant *jussu proprietarii*, ou *nominatim ei*, lui acquerrait toujours même *ex re fructuarii* (2) : *domino ex re fructuarii utiliter stipulari*.

Sed quâ actione, dit Pomponius dans la loi 39 à notre titre, *fructuarius recipere possit à domino proprietatis, requirendum est....., et non sine ratione est, quod Gaius* (3) *noster dixit, condici id posse domino*.

(1) La *cautio usufructuaria* que l'usufruitier a dû fournir au commencement de l'usufruit est essentiellement unilatérale.

(2) LL. 22, et 39, XLV, 3, *De stip. serv.* L. 25, §§ 3 et 5, VII, 1, *De usufructu*. L. 37, § 4, XLI, 1, *De adq. rer. dom.*

(3) Dans ce texte de Pomponius il ne peut être question du célèbre Gaius auteur du manuscrit de Vérone, qui vivait bien plus tard, mais d'un autre jurisconsulte nommé Gaius Cassius Longinus ou plus brièvement Cassius, le 3^e fondateur de l'école des Sabinien, également appelé quelquefois Cassien (d'ailleurs le vrai Gaius était lui aussi Sabinien). C'est ce que démontre péremptoirement la loi 78, XLVI, 3, *De solut.*, texte de Javolenus (lib. 11, *ex Cassio*) ou nous lisons ces mots : *in libris Gaii*

L'usufruitier a contre le nu-propriétaire une *condictio sine causa* pour obtenir soit la restitution de ce qu'il a reçu soit la cession de son action *ex stipulatu*.

L'usufruitier peut exercer de suite cette *condictio*, on ne verrait aucune raison pour en reculer l'exercice jusqu'à l'extinction de l'usufruit, ce qui dans la plupart des cas aboutirait à ce résultat que l'usufruitier n'obtiendrait pas lui-même cette restitution, laquelle ne serait poursuivie que par son héritier ; c'est une différence avec le cas du *servus communis* stipulant *impersonaliter ex re unius dominorum*, ce maître n'a que l'action *communi dividundo*, il devra donc attendre le partage pour régler la question d'indemnité à laquelle il a droit ; peut-être sera-ce pour lui un encouragement à le provoquer et à faire cesser l'indivision le plus tôt possible, résultat que les Romains considéraient comme éminemment favorable.

Les textes nous font défaut pour trancher le conflit qui pourrait s'élever entre la *jussio* et la *nominatio*, cela dans deux hypothèses inverses :

1° Le *servus fructuarius* stipule sur le *jussus* du nu-propriétaire *nominatim* pour l'usufruitier *ex re fructuarii* ;

2° Le *servus fructuarius* stipule sur le *jussus* de l'usufruitier *nominatim* pour le nu-propriétaire. L'équité et les raisons précédemment déduites permettent de croire que dans tous les cas le bénéfice de la stipulation était acquis à l'usufruitier. Pour la deuxième hypothèse on peut invoquer par analogie la constitution de

scriptum est. V. L. 59, XXIV, 3, *solutio matrim.* V. Puchta, *Cursus des Institutionen* et encore *System und Geschichte des Römischen Privatrechts*. Ed. posthume de Krüger, § 99, note r. — Comp. Bartole, *ad l. j.* 39, *De stip. serv.*, XLV, 3 tome III, p. 81 de la 2^e partie : *Si monachus stipuletur meo mandato, acquiritur actio monasterio, non mihi: tamen actionem debet monasterium cedere mihi in totum sicut hic dicitur in servo fructuario.*

Justinien que nous avons étudiée dans le chapitre II (1).

Quid également si le *servus fructuarius* stipulait *ex re fructuarii domino et fructuario*. Nous avons dit qu'entre le droit du nu-propriétaire et celui de l'usufruitier il était impossible d'établir une proportion qui déterminerait la part de chacun dans les acquisitions ; les textes font également défaut sur ce point ; il reste le choix entre deux solutions : attribuer le bénéfice de la stipulation à l'usufruitier, en annulant la mention du nu-propriétaire ; ou annuler la stipulation tout entière par ce motif que le bénéfice pouvant être également acquis par les deux, on ne sait auquel l'attribuer. C'est ce que nous trouvons décidé dans un texte en ce qui concerne la stipulation faite sous une alternative (2). *Si fructuarius servus stipulatus esset fructuario aut proprietario ; si quidem ex re fructuarii stipulatus esset, inutilis esset stipulatio* (3), *quia utrique ex re fructuarii actionem adquirere potuisset. Sed si aliud stipulatus fuisset, proprietarium petere posse, et si promissor fructuario solvisset liberatur.*

Cujas (4) fait remarquer que tout au moins pour la seconde hypothèse il est nécessaire d'intervertir les mots *fructuario aut proprietario* et de lire *proprietario aut fructuario* ; parce que *creditor semper debet esse prior, adjectus posterior, inde et si mihi aut Titio stipuler, utilis stipulatio est, si Titio aut mihi inutilis* (5). La correction étant opérée, le résultat sera celui-ci : le nu-propriétaire acquerra l'action *ex stipulatu*, l'usufrui-

(1) Code, L. 3, IV, 27, *per quas pers. nob. adq.*

(2) L. 1, § 5, *De stip. serv.*

(3) Cf. en matière de stipulations par un *servus communis*. L. 9 à 13 à notre titre. V. pl. h., chap. II.

(4) *Obs. lib.*, XXI, cap. 14. Cf. Pothier, *Pandect. ad tit. de stip. serv.* n° 29.

(5) L. 45, XXIV, 3, *solutio matrim.* Comp. L. 141, §§ 7 et 9, XLV, 1, *de verb. obl.*

tier jouera le rôle d'*adjectus solutionis gratia* (1). — Si l'intention des parties était que l'acquisition profitât en réalité à l'usufruitier, il suffira que le paiement ait lieu entre les mains de l'usufruitier qui recevra la possession pour le compte du nu-propiétaire, mais acquerra aussitôt la propriété par suite de l'abdication que fait celui-ci de l'*animus domini*. C'est ce que nous voyons décidé dans un texte où le *servus fructuarius* joue non pas le rôle de stipulant, mais celui d'*adjectus solutionis gratia* (2).

Dans une autre hypothèse la stipulation se trouvera véritablement faite sous une alternative, mais par une cause indépendante de la rédaction de la formule (3).

Interdum tamen in pendentī est cui acquirit iste fructuarius servus: utputa si forte stipulatus sit servus numeraturus pecuniam (4), *nam numeratio declarabit cui sit adquisita stipulatio*. Ulpien auteur de notre texte met sur la même ligne le cas de vente et le cas de stipulation, dans le premier les règles sur l'effet translatif de propriété de la tradition de la chose vendue, dans le second les règles sur l'exception *non numeratæ pecuniæ* donnent la plus grande importance à la question de numération des deniers, et sur cette pre-

(1) V. L. 28, princ. *de stip. serv.* et L. 98, § 7, XLVI, 3, *de solut.* textes consentement rédigés.

(2) L. 25, princ., VII, 1, *de usufructu*. Cf. L. 131, § 1, XLV, 1, *de verb. obl.*

(3) L. 25, § 1, VII, 1, *de usuf.*

(4) V. L. 6, § 1 et 7, XLVI, 2, *de nov. et del.* et ce que nous avons dit plus haut, chap. II, sect. II, § 1, de la stipulation accompagnant un *mutuum*. Cf. L. 18, § 3, *De stip. serv.* de Papinien. *Cum fructuarius servus ita stipulatur: quantam pecuniam tibi intra illum diem dederō, tantam dari spondes? in pendentī est quis ex stipulatu sit habiturus actionem. Si enim ex re fructuarii (vel operis suis) pecuniam dederō [sic Haloander in Florentinis; Vulgata: dederit], fructuario; si vero aliunde, domino stipulatio quaeretur.*

V. Des espèces analogues dans les L. L. 12, § 5, *in fine, de usufructu*, 43, § 10, XXI, 1: *De ædil. edicto*, et 43, § 2, XLI, 1, *de adq. rer. dom.*

mière difficulté vient se greffer la seconde qui est de savoir de qui proviennent les deniers ; sont-ils fournis par le nu-propriétaire, c'est lui qui aura l'action *ex stipulatu* ; sont-ils fournis par l'usufruitier, ce dernier pourra seul l'exercer.

La suite du texte ne vise expressément que la vente, mais l'assimilation qui est faite au début entre le cas de vente et celui de stipulation nous autorise à y transporter la même solution (1) : *Quid ergo si amisso usufructu tunc pretium numeretur, Julianus quidem lib. XXXV digestorum scripsit ; adhuc interesse unde sit pretium numeratum. Marcellus vero et Mauricianus amisso usufructu jam putant dominium adquisitum proprietatis domino. Sed Juliani sententia humanior est.* — Ulpien adopte donc l'opinion de Julien. Mais un autre texte de Julien vient soulever un problème de conciliation fort difficile (2) : *Si servus, in quo ususfructus tuus erat, fundum emerit, et antequam pecunia numeraretur capite minutus fuerit ; quamvis pretium solveris, actionem ex empto non habebis propter talem capitis diminutionem ; sed indebiti actionem adversus venditorem habebis ; ante capitis diminutionem nihil interest, tu solvas, an servus ex eo peculio quod ad te pertinet* (3). — Il semble résulter de ce texte qu'après l'extinction de l'usufruit l'acquisition profite nécessairement au nu-propriétaire et que les deniers ne peuvent plus être fournis du patrimoine de l'ex-usufruitier.

Pour trancher ce conflit entre les deux passages de

(1) C'est ainsi que l'entendent tous les auteurs qui ont discuté la question.

(2) L. 24, princ. XIX, 1, *De act. empti*.

(3) M. Accarias dans son Précis I, n° 299, 3^e édit. ne cite que ce texte sans essayer la conciliation avec la loi 25, § 1, *De. usuf.*

Julien la Glose (1) propose jusqu'à quatre explications : la première est celle qu'adopte Accurse ; elle consiste à dire que l'opinion émise par Julien dans la loi 24, *De act. empti*, est plus conforme aux principes stricts du droit, mais, que celle contenue dans la loi, *de usuf.*, est plus humaine, c'est d'ailleurs ainsi que l'avait qualifiée Ulpien. Cette solution est assurément fort simple mais elle tend plutôt à supprimer la difficulté qu'à la résoudre. Trois autres explications sont tirées de différences relevées dans les textes.

Pothier (2) d'après Cujas raisonne ainsi : Dans l'espèce de la loi 25, § 1, *De usuf.*, l'acquisition a été affectée *durante usufructu* parce que le vendeur avait fait tradition et qu'il avait reçu une satisfaction, *fides habita fuit*, il suffit que l'acquisition soit complétée *post amissum usumfructum* : au contraire dans l'espèce de la loi 24, princ., *De act. empti*, l'usufruitier n'avait rien acquis *durante usufructu*, l'acquisition ne peut se réaliser *post amissum usumfructum*. Un auteur moderne, Genty (3), a fait à ce raisonnement une réponse juste que l'on trouve d'ailleurs chez un de nos vieux romanistes (4) : Sans doute, dans l'espèce de la loi 24, *De act. empti*, la propriété n'a pas été acquise *durante usufructu* à l'usufruitier, mais pourquoi n'avait-il pas acquis l'action personnelle *ex empto*, de même que dans la loi 35, § 1, *De usuf.* il avait acquis l'action *ex stipulatu* ?

Une autre explication se base sur ce que dans la loi 24, *De act. empti*, Julien suppose l'usufruit éteint par suite

(1) *Ad leg.*, 15, § 1, *De usuf.*

(2) Pothier, *Pandect.*, *ad tit. de adq. rer. dom.*, XLI, 1, n° 79. Cujas, *in lib. XV, digest Juliani*, t. VI, col. 96 et 97 et t. VII, col. 791, *ad leg.* 24, *De act. empti*.

(3) Genty, *op. cit.*, p. 117 et 118.

(4) V. le président Favre, *Rationalia*, II, p. 580-592, Ed. de Genève 1626 : On y trouvera une discussion très approfondie et en même temps très claire du point qui nous occupe.

de la *capitis deminutio* de l'usufruitier, et des auteurs virent dans la solution rigoureuse du jurisconsulte une suite de cette déchéance, comme une peine accessoire qui lui est infligée. — Mais ceci est arbitraire, car la loi 25, § 1, *De usuf.*, n'exclut nullement dans son hypothèse le cas où l'usufruit se trouve éteint par cette cause ; de plus cette idée de déchéance et de peine ne convient nullement à la *minima capitis deminutio*, qui cependant, jusqu'à Justinien, demeura une cause d'extinction de l'usufruit.

Enfin, une dernière explication est présentée par Pacius et par le président Favre, c'est à elle que nous nous rangerons. Les auteurs cités relèvent les derniers mots de la loi 24, princ., *De act. empti : ante capitis deminutionem nihil interest tu solvas, an servus ex eo peculio quod ad te pertinet*. Julien dit qu'avant l'extinction de l'usufruit il importe peu que la numération des deniers soit effectuée par l'usufruitier lui-même ou par l'esclave ; il faut compléter ce raisonnement en disant : après l'extinction de l'usufruit la numération des deniers peut encore être faite du patrimoine de l'usufruitier, mais seulement par l'esclave non plus par l'usufruitier.

Cette distinction puise comme on le voit un appui très fort dans les expressions mêmes du texte sur lequel roule la controverse. Elle se justifie de plus par la considération suivante : lorsque *durante usufructu* l'usufruitier effectue en personne la numération des deniers, il rend efficace la stipulation ou la vente conclue par son esclave, il empêche ainsi que l'acquisition puisse jamais se réaliser au profit du nu-propriétaire, mais tel est son droit absolu : *post amissum usumfructum* il a perdu toute qualité pour agir et ne peut nuire au nu-propriétaire redevenu plein propriétaire. Tandis qu'à cette

même époque il est raisonnable d'admettre que l'esclave peut compléter le contrat qu'il avait fait précédemment, en payant des deniers de l'usufruitier, qu'il détient encore à l'état de pécule non liquidé, il affirme par là que son intention en contractant était bien de faire acquérir la créance à l'usufruitier. — Laissons de côté cette difficulté et supposons maintenant que la numération des deniers est effectuée *durante usufructu*. Certaines complications peuvent encore se produire (1) : *Quod si ex re utriusque pretium fuerit solutum ad utrumque dominium pertinere, Julianus scripsit, scilicet prorata pretii soluti*. — Les derniers fournis appartiennent aux deux maîtres de l'esclave, l'acquisition se réalise à leur profit en proportion des valeurs fournies par chacun d'eux ; on ne peut en effet comme pour le *servus communis* songer à une autre proportion. Le texte continue : *Quid tamen si forte simul solverit ex re utriusque ? utputa decem millia pretii nomine debebat, et dena solvit ex re singulorum : cui magis servus adquirat ?* Il y a eu deux numérations de deniers : l'ordre dans lequel elles sont intervenues doit être recherché, et les deniers qui ont fait l'objet de la seconde seront revendiqués, ou, s'ils ont été consommés, seront répétés par une *condictio sine causa*. La première numération aura rendu efficace la stipulation au profit du maître du patrimoine de qui elle émane. *Si vero simul in sacculo solvit, nihil fecit accipientis ; et ideo, nondum adquisiisse quisquam dominium videtur : quia cum plus pretium solvit servus non facit nummos accipientis* ; pratiquement voici comment les choses se sont passées : l'esclave a mélangé dans sa caisse les deniers des deux pécules qu'il tient distinctement de l'usufruitier et du nu-propriétaire ; et il a porté au ven-

(1) L. 25 § 1, VII, 1, *De usuf.*

deur, ou à l'emprunteur, un sac contenant 20.000 deniers, au lieu de 10.000 qui étaient dus, la tradition est inefficace, parce qu'il est impossible de savoir quels deniers pourraient être considérés comme régulièrement livrés. Cependant il faut sortir de cette situation. Si le nu-propriétaire répète 10,000 deniers, les 10.000 deniers restants seront réputés provenir *ex re fructuarii* et l'acquisition se réalisera à son profit, où *vice versa* : si chacun d'eux répète une partie des deniers, l'acquisition se réalisera à leur profit dans la mesure où le vendeur, ou l'emprunteur promettant, devra être considéré comme tenant d'eux les deniers restants.

Il ne nous reste qu'un mot à ajouter sur l'acquisition *ex re fructuarii*, c'est que la libération de l'usufruitier par voie d'acceptilation est traitée comme la stipulation, ainsi que nous l'avons vu pour le *servus proprius* et le *servus communis* (1), *species adquirendi est liberare dominum obligatione ; et ideo fructuarius quoque servus liberare acceptum rogando fructuarium potest, quia ex re ejus videtur ei adquirere.*

§ 2. — Le *servus fructuarius* stipule *ex operis suis*.

L'usufruitier a le droit d'utiliser les services de l'esclave : il peut le faire travailler directement pour son compte, (2) mais il y a alors plutôt acte d'usage qu'acte de jouissance. Un autre procédé consiste dans la *locatio operarum servi* (3). Reproduisons d'abord une obser-

(1) L. 11, princip. XLVI, 4, *De accept.* et L. 63, XLVI, 3, *De solut. et liber.*

(2) L. 14, princ. VII, 8, *de usu et habit*, l'usufruitier peut user d'une *modica castigatio* pour contraindre l'esclave à travailler. L. 23, § 1, VII, 1, *De usufructu*.

(3) Nous n'envisagerons que le principe d'acquisition d'une créance pour l'usufruitier sans entrer dans l'examen des difficultés que soulève la distinction de la *locatio operis* et de la *locatio operarum*. V. Accarias, II n° 620.

vation déjà présentée à propos de la stipulation *ex re fructuarii* : l'usufruitier ne peut louer les *operæ servi* à l'esclave lui-même, puisque ce serait se les louer à lui-même ; il ne peut jouer à la fois le rôle de *locator* et celui de *conductor*, il faudrait que l'esclave eût agi *nominatim* pour le compte de son propriétaire (1).

Supposons donc les *operæ servi* louées à un *extra-neus*, la créance de *merces* est acquise à l'usufruitier, car c'est là un *fructus* (2). Il importe de distinguer si le bail a été conclu par l'usufruitier lui-même ou par l'esclave. Dans le premier cas à la fin de l'usufruit, le nu-propriétaire ne pourra ni invoquer le bail, ni se le voir opposer, car il est quant à lui *res inter alios acta*. Mais *si operas suas locaverit servus fructuarius et imperfecto tempore locationis usufructus interierit, quod superest ad proprietarium pertinebit* (3).

Nous trouvons dans ce texte une solution remarquable : 1° La continuation du bail après l'extinction de l'usufruit, de telle sorte que le nu-propriétaire puisse l'invoquer et doive la subir. Ce résultat s'explique par cette observation que le bail a été conclu par un esclave, qui a eu le pouvoir d'acquérir successivement pour l'usufruitier et pour le nu-propriétaire, et que le con-

(1) L. 25, § 5, VII, 1. *De usuf.* Cf. L. 37, § 3, *in fine*, XV, 1. *De Peculio* Il ne faut pas croire cependant qu'envisagée en elle-même la convention fût dépourvue de sens : l'esclave dont j'ai l'usufruit veut prendre de moi à loyer ses services, c'est-à-dire que je conviens avec lui de le laisser travailler comme il l'entendra moyennant une certaine somme qu'il s'engage à me donner en retour. V. Genty, *op. cit.* p. 123.

Voyez sur l'usage des maîtres de louer leurs services aux esclaves eux-mêmes pour stimuler leur activité par l'intérêt personnel : Fustel de Coulanges : *Du domaine rural des Romains* ; *Revue des Deux-Mondes*, n° du 15 septembre 1886.

(2) L. L. 3 et 4, VII, 7. *De oper. servi*, les *operæ servi* appartenant à l'usufruitier on peut dire que l'acquisition a lieu *ex re sua*. L. 23, princ. XLI, 1, *De adq. ser. dom.* : — *nam et operæ quodammodo ex re ejus cui servit habentur*.

(3) L. 26, VII, 1, *De usufructu*.

trat de louage est un contrat successif engendrant une série de créances *futures* naissant chaque jour au profit de celui qui a droit aux services de l'esclave, et qui par suite de la location est privé de la jouissance directe de ses services(1). Il en serait différemment d'un contrat engendrant une créance unique à terme ou conditionnelle elle ne pourrait être acquise qu'à celui qui a contracté : telle est la nature du contrat de stipulation ; cependant voici ce que décident les textes (2) : *Si operas suas iste servus locaverit et in annos singulos certum stipuletur, erarum quidem annorum stipulatio, quibus ususfructus mansit, adquiretur fructuario: sequentium vero stipulatio ad proprietarium transit semel adquisita fructuario, quamvis non soleat stipulatio semel cui adquisita ad alium transire.* Si cet esclave a loué ses services, dit Ulpien, et qu'il ait stipulé une somme déterminée pour chaque année de bail, la créance des années d'usufruit sera acquise à l'usufruitier, celle des années suivantes passera au nu-propriétaire, ayant été acquise une première fois à l'usufruitier, quoiqu'une créance acquise une fois à quelqu'un ne puisse pas passer ordinairement à une autre personne, si ce n'est à un successeur universel, héritier ou adrogeant. Ulpien en fait aussitôt une application : *Proinde si forte ususfructus in annos singulos fuerit legatus, et iste servus operas suas locavit, et stipulatus est, ut supra dictum est, prout capitis deminutione amissus fuerit ususfructus, mox restitutus ambulabit stipulatio. Profecta, que ad heredem redibit ad fructuarium.* Donc si l'usufruit d'un esclave a été légué *in singulos annos*, et que cet esclave ait loué ses services et stipulé le loyer,

(1) V. M. Gérardin, *De l'acquisition des fruits par l'usufruitier*, 1885, p. 22 et suiv.

(2) L. 25, § 2, *De usufructu*.

chaque fois que l'usufruit se perdra par la *capitis deminutio* pour renaître l'année suivante, la créance de la stipulation voyagera aussi de la tête de l'usufruitier à celle de l'héritier (nu-propriétaire) pour revenir ensuite au premier.

Nous devons mettre immédiatement en parallèle de ce texte d'Ulpien un fragment de Papinien visant exactement la même hypothèse (1) : le jurisconsulte donne la même solution qu'Ulpien, mais il l'appuie sur un raisonnement différent : *quoniam incertus est fructus inquem diem duraturus sit, singulorum annorum initio cujusque anni pecunia fructuario quaereretur, secundum quæ non transit ad alterum stipulatio ; sed unicuique tantum acquiritur, quantum ratio juris permittit.* — Comme il y a incertitude sur la durée de l'usufruit, la créance de chaque année (2) sera acquise à l'usufruitier au commencement de cette année. D'après cela la créance ne passe pas de l'un à l'autre, mais elle est acquise *quotidie* au profit de chacun dans la mesure que permet la raison de droit. Papinien invoque à l'appui ce qui se passe en matière de stipulation faite à l'avance en vue d'un *mutuum* à intervenir dans un délai donné ; la créance *ex stipulatu* devant appartenir à celui qui aura fourni les deniers. (V. le paragraphe précédent.)

Il y a donc entre les deux textes d'Ulpien et de Papinien une antinomie évidente quant aux motifs, sans que l'on doive essayer de les concilier (3) : Ulpien ad-

(1) L. 18, § 3, XLV, 3, *De stip. serv.*

(2) Conformément à une règle d'interprétation, qui avait fini par l'emporter, cette stipulation unique en la forme était réputée se décomposer en autant de stipulations que d'annuités de bail et par conséquent engendrer autant de créances. L. 140, § 1, *De verb. obl.*, XLV, 1. *De hac stipulatione annua, bima, trima die id argentum quaque die dari? apud Veteres variatum fuit. Paulus : sed verius et hic tres esse trium summarum stipulatione.*

(3) *Fuit inter Ulpianum et Papinianum æmulatio quædam, quæ dicitur*

met que par extraordinaire (*quamvis non soleat stipulatio simul adquisita ad alium transire*), la créance passera de l'usufruitier au propriétaire, il fonde cette décision sur l'utilité pratique. Papinien au contraire ne fait pas brèche à ce principe fondamental, mais il traite la stipulation comme le contrat de louage lui-même, lequel engendre, ainsi que nous l'avons dit au début, des créances successives, futures, naissant au fur et à mesure au profit de qui de droit. Dans sa pensée, le droit à la totalité des loyers n'a pas été acquis en une seule fois à l'usufruitier, sauf à passer ensuite pour une fraction sur le texte du nu-propriétaire, ce dernier après l'extinction de l'usufruit verra s'ouvrir pour lui une nouvelle série de créances *ex stipulatu* absolument distinctes de celles qu'avait acquises l'usufruitier *durante usufructu*.

A quel moment précis l'esclave qui stipule acquiert-il à l'usufruitier le bénéfice correspondant à la durée de son droit ? Papinien nous répond : *singulorum annorum initio* : la créance de loyer afférente à chaque année qui commence est acquise à l'usufruitier vivant à ce jour. Mais l'usufruitier peut mourir peu de temps après le commencement de l'année, avait-il cependant acquis un droit définitif qu'il a pu transmettre à ses héritiers ? la raison de douter est un motif d'équité évident. Néanmoins Papinien semble bien admettre l'affirmative (1). Comment expliquer ce

alere firmiores profectus in litteris. Stultae est aut obscuræ diligentiae quod evidens dissidium inter auctores. id quocumque modo finire conari. V. Cujas, *ad hanc legem Papinianam*, lib. XXVI, Quæst. tome IV, col. 692.

(1) Cujas *op. et loc. cit.* admet bien l'acquisition *singulorum annorum initio*, mais avec Accurse il attribue au nu-propriétaire une *condictio sine causa* à l'encontre des héritiers de l'usufruitier *ne videatur ultra mortem fructuarii ususfructus permansisse*, il voit là une différence avec le legs d'annuités : L. L., 5 et 22, XXXIII, 1, *De ann. legat.* Cf. au Code L. 15, § 1, II, 7, *De advoc. div. jud.* avec les nombreux renvois, en ce qui touche les traitements des fonctionnaires.

résultat injuste pour le propriétaire ? Si l'esclave avait stipulé *in singulos dies* le propriétaire ne serait nullement lésé ; mais les textes ne prévoient pas cette hypothèse, ce qui donne à penser que tel n'était pas l'usage.(1) D'ailleurs le propriétaire qui avait constitué l'usufruit devait s'attendre à ce que l'esclave louerait ses services *in singulos annos* selon la coutume, il a prévu l'*alea* et le subit. — D'ailleurs il aurait pu interdire à son esclave de stipuler dans cette forme et lui donner l'ordre au contraire de stipuler *in singulos dies* (2).

Ulpien ne se prononce pas formellement sur le point que nous examinons : il se contente de dire que, en supposant l'usufruit constitué et la stipulation conçue *in singulos annos* (3), *ambulabit stipulatio*. Or, si la créance de loyer était acquise à l'usufruitier au commencement de chaque année, la perte de son droit, qu'il viendrait à subir par suite de *capitis deminutio* au courant de l'année, ne lui causerait pas grand préjudice puisqu'il le verrait renaître dès le premier jour de l'année suivante et acquerrait à ce même jour une nouvelle créance de loyer, de sorte que le nu-propriétaire redevenu plein propriétaire pendant une fraction d'année, n'en retirerait en réalité aucun émolument ; cependant Ulpien nous dit *ambulabit stipulatio* : il faut donc, pour donner un sens à ces mots, décider, ou bien qu'Ulpien n'admettait qu'une répartition de loyers rigoureusement proportionnelle au temps entre l'usufruitier et le nu-propriétaire, ou bien que l'usufruit ayant été constitué *in singulos annos*,

(1) V. Genty, *op. cit.*, p. 147.

(2) V. Gérardin, *op. cit.*, p., 26.

(3) Papinien ne supposait pas que l'usufruit eût été constitué *in singulos annos*, en vue de parer à l'éventualité d'une *capitis deminutio*, il étudie seulement la question de liquidation entre le nu-propriétaire et l'usufruitier à la fin de l'usufruit, sans se préoccuper du cas où les parties avaient voulu faire renaître l'usufruit bientôt après. V. *Fragm. du Vatic.* § 63 et 64.

la stipulation de l'esclave avait été faite *in singulos dies*; pendant plusieurs jours, ou plusieurs mois, l'usufruit fait retour à la nue-proprieté, et le propriétaire a pu acquérir chaque jour ou chaque mois une créance de loyer, puis l'année suivante un nouvel usufruit a pris naissance au profit de l'usufruitier et désormais ce sera pour lui que chaque jour ou chaque mois prendront naissance les créances de loyer : *ambulabit stipulatio*.

Sous la réserve d'une question de calcul plus ou moins rigoureuse l'acquisition est en définitive proportionnelle au temps qu'a duré l'usufruit; c'est en effet d'après la base du temps que le louage de service et la stipulation du loyer ont été conclues (1). Mais *si ab initio certam summam propter operas certas stipulatus fuerit, capite deminuto eo, idem dicendum est*, c'est-à-dire que dans le cas où l'esclave a stipulé une somme fixe pour des travaux déterminés, il faut donner, dit Paul, la même solution que dans le cas du bail ordinaire prévu dans la première partie du texte que nous avons cité plus haut, et où nous lisons ces mots : *quod superest finito usufructu ad proprietarium pertinebit*. Mais comment entendre ce *quod superest*? Cela veut dire, croyons-nous, que la somme stipulée se partage entre le nu-proprieté et l'usufruitier en proportion de la quantité de travaux effectuée *durante usufructu*, comparée à celle qui reste à faire (2).

(1) L. 26, *in fine*, VII, 1, *De usuf.*

(2) *Contrà Genty*, op. cit., p. 148. Cet auteur suit au contraire l'opinion d'après laquelle chaque service déterminé donne lieu à un salaire distinct, lequel est acquis en totalité du moment que le service est commencé et revient ainsi à l'usufruitier si à ce moment son droit subsistait. Il s'appuie sur la décision de Papinien relative au louage à tant par an. — Nous croyons que le texte répugne à cette interprétation : il n'y est pas question en effet de salaires distincts pour chaque service; mais d'une somme fixe pour un ensemble de services déterminés : *certam summam propter operas certas*.

APPENDICE A L'ARTICLE II : DU « SERVUS FRUCTUARIUS »
CONCERNANT LE « SERVUS DOTALIS »

Nous voulons rapprocher du *servus fructuarius* le *servus dotalis* : deux hypothèses sont à distinguer :

a. L'esclave compris dans la constitution de dot a été livré au mari avec une estimation ; le mari en a acquis la propriété incommutable et profitera donc des stipulations que pourra faire cet esclave *ex omni causa*.

b. L'esclave n'a pas été estimé ; c'est le *servus dotalis* proprement dit ; le mari en est encore propriétaire, car c'est un principe en Droit romain que le mari est *dominus dotis* ; il acquerra donc de même que dans le cas précédent *ex omni causa*, mais il devra restituer à sa femme lors de la dissolution du mariage toutes les acquisitions provenant *aliunde quam ex re sua vel ex operis servi* (1). La ressemblance avec le *servus fructuarius* que nous venons d'étudier est frappante.

Un texte de Julien semble contredire cette solution en attribuant dans tous les cas au mari toutes les acquisitions que peut réaliser le *servus dotalis*. — Cujas (2), en s'appuyant sur l'autorité des Basiliques (3), l'explique en disant qu'il s'agit d'un *servus aestimatus*.

M. Pellat (4) croit plutôt que Julien, ne pouvant se

(1) L. 65, XXIII, 3, *De jure dotium*. L. 58, Dig, XXIV, 3, *Soluto matrim. Code*. L. 1, § 9, V, 13, *De rei uxor act.* V. Cujas, ad. L. 25, § 4, XXIV. 3. *Soluto matrim, in lib.*, XXXVI. *Pauli ad Edictum*, tome V, col. 564. — La loi 19, § 1, XV, 1, *De peculio* suppose que le *servus dotalis* a deux pécules qu'il tient du mari et de la femme.

(2) V. Cujas, ad. L. 47, *De jure dotium, in lib.*, XVII, *Dig Salv. Juliani*, VI, col. 122.

(3) Basiliques, XXIX, 1, n° 43.

(4) *Textes sur la dot.*, ad h. l. p. 246.

résoudre à traiter le mari, qui, de l'aveu de tous, était qualifié de propriétaire, soit qu'il y ait eu estimation de la dot ou non, comme un simple usufruitier, a momentanément enseigné que le mari acquerrait toujours par l'intermédiaire du *servus dotalis ex omni causa*. Mais Julien ne tarda pas à revenir à l'opinion commune c'est ce que prouve la loi 45, princ. et § 1, XXIX, 2, *De adq. vel omit. hered.* Les deux explications proposées sont également plausibles ; car au fond il n'y a pas de véritable principe engagé.

ARTICLE III. — *Du servus usuarius.*

Il est un dernier cas où la propriété de l'esclave peut encore être démembrée : c'est celui où l'un des maîtres a conservé le *jus abutendi* et le *jus fruendi*, en aliénant seulement le *jus utendi*. Le titulaire d'un droit d'usage a, par définition même, le droit d'user, non de jouir ; il ne pourra donc pas louer les services de l'esclave. Il ne peut acquérir que *ex re sua* (1), cette cause d'acquisition est fondée sur le même motif d'équité que nous avons déduit pour le *servus fructuarius*, et sur le même désir d'éviter des règlements de compte entre le propriétaire et le titulaire d'un droit réel.

Le *Servus usuarius* peut également recevoir pour l'usager une acceptilation (2).

Enfin, signalons par anticipation que nous n'avons pas à nous préoccuper ici, comme nous devons le faire pour l'usufruit (V. section III de ce chap.), du cas où plusieurs personnes seraient titulaires d'un droit d'usage sur le même esclave. L'usage est en effet un

(1) *Comment.* de Gaius, III, 165, J. 14, princ. VII, 8, *De usu et habit.* L. 23, XLV, 3, *De stip. serv.* — Justinien assimile à tort l'usager à l'usufruitier. *Institutes*, III, 28, § 2, p. q. pers. nob. obl. adq.

(2) L. 11, princ. XLVI, 4, *De accept.*

droit indivisible (1). Un texte suppose cependant qu'un droit d'usage a été constitué au profit de deux personnes, mais il semble bien que cette coexistence de deux droits d'usage ne pourra durer longtemps (2). *Prætor interveniet et rem emendabit* [id est rigorem juris qui usus divisioni obstat, dit Pothier] (3) *ut si judex alteri usum adjudicaverit, non videatur alter qui mercedem accepit non uti; quasi plus faciat, qui videtur frui, quia hoc propter necessitatem fit.* En fin de compte l'un seulement des légataires exercera le droit, et c'est à lui seul que l'esclave pourra acquérir *ex re suâ*: aucun conflit ne pourra s'établir entre les deux usagers.

SECTION II. — DE L'ESCLAVE POSSÉDÉ PAR UN TIERS

Sous cette rubrique nous traiterons de l'esclave d'autrui possédé par un tiers et de l'homme libre possédé comme esclave. Il importe de distinguer suivant que le possesseur est de bonne ou de mauvaise foi.

§ 1. — De la possession de bonne foi.

Des textes très nombreux assimilent au *servus fructuarius* l'esclave d'autrui possédé de bonne foi par un

(1) L. 19, VII, 8, De usu et habitât.

(2) L. 10, § 1, X, 3, Comm. div.

(3) *Pandectes, ad tit. fam. ercisc. et com. div.* n° 46 et note.

tiers ainsi que l'homme libre que l'on croit esclave (1). *Item per liberos homines et alienos servos, quos bona fide possidemus, adquiruntur nobis, sed tantum ex duabus causis, id est si quid ex operis suis vel ex re nostra adquirant.*

Le *verus dominus* tient ici la place du nu-propriétaire et profite de ce qui ne peut être acquis par le possesseur de bonne foi (2); par exemple si l'esclave a stipulé *aliunde*, à plus forte raison s'il a stipulé *ex re domini*. Un texte (3) prévoit cette dernière hypothèse : *Si servus tuus qui mihi bona fide servit, et peculium habuerit quod ad te pertineat et ego ex eo pecuniam Titio credidero : nummi tui manebunt; stipulando autem mihi servus nihil aget : vindicando ergo eam pecuniam tu consequi poteris.*

Remarquons que ce qui s'oppose ici à l'acquisition de la créance *ex stipulatu* au profit du possesseur, c'est cette règle de droit qu'il ne peut pas acquérir *aliunde*

(1) *Comment.* de Gaius, II, n° 92 et III, 164.—*Instit.*, II, 9, § 4, p. q. pers. nob. obl. adq., III, 28, § 1, p. q. pers. nob. adq. — *Règl. d'Ulpien*, XIX, 21, *De domin. et adq. rer.* — *Digeste*, LL. 10, princ. et § 4, 19 et 43, princ., XLI, 1, *De adq. rer. dom.*, l. 7, § 3, *Pro emptore*.—*Code*, l. 1, princ., III, 32, *De rei vindic.* La libération par acceptilation est ici comme partout assimilée à l'acquisition *ex re nostra* : L. 11, princ. et fin., XLVI, 4, *De accept.* Pomponius dans la loi 21, *De adq. rer. dom.*, cite une opinion de Proculus d'après laquelle le *verus dominus* ne pourrait pas acquérir par l'intermédiaire de son esclave possédé par un tiers de bonne foi. Pothier avec Cujas croit qu'il ne faut voir là qu'une opinion absolument isolée sans essayer des conciliations de textes *quæ nihil nisi contractas et a Proculi mente alienas hujus legis interpretationes afferunt.* (V. Pothier, *Pandectes*, ad tit., *De adq. rer. dom.*, n° 88 et Cujas, *obs.*, XXV, 4.)

Dans notre ancien droit, Bartole, ad tit., *De stip. serv.*, t. III, p. 81, de la deuxième partie, imagine les hypothèses suivantes correspondantes à celles du Droit romain que nous étudions : Un moine peut habiter un monastère auquel il croit appartenir : ses acquisitions profiteront à ce monastère. Il en serait de même de l'individu qui n'étant pas moine, ou étant *monachus sine monasterio*, passe pour moine de tel monastère.

(2) L. 10, § 4, *in fine* et 43, princ., XLI, 1, *De adq. rer. dom.*

(3) L. 1, § 1, XLV, 3, *De stip. serv.*

quam ex re sua (1) *vel ex operis servi*, et non pas ce fait que la dation des deniers n'a pas été translatrice de propriété à l'emprunteur promettant, car nous avons déjà eu l'occasion de dire, que dans le cas de coexistence d'un *mutuum* et d'une stipulation, la stipulation était censée absorber le *mutuum* et que l'exception *non numeratæ pecuniæ* imposait bien à celui qui se présentait comme créancier la preuve de la numération des deniers, mais n'exigeait pas de lui la preuve que cette numération avait été translatrice de propriété à l'emprunteur ; il en résulte que si les deniers avaient été consommés, le possesseur n'aurait cependant pas l'action *ex stipulatu*, le *verus dominus* aurait l'action *ad exhibendum* si la consommation avait eu lieu de mauvaise foi, sinon il pourrait exercer l'action *ex stipulatu* du chef de l'esclave.

Le *jussus* du possesseur ne saurait accroître ses droits : *Si liber homo vel alienus qui bona fide servit ex re alterius jussu possessoris stipulatur : Julianus ait libe-*

(1) Nous avons vu dans les lois 23 et 24, VII, 1, *De usuf.* que l'on avait admis (*usitatum est*) que l'usufruitier pourrait acquérir par l'intermédiaire de l'esclave ; cette extension de l'acquisition *ex re sua* ne paraît pas avoir été appliquée du moins aussi facilement au possesseur de bonne foi d'un homme libre. V. L. 19, XLI, 1, *De adq. rer. dom.* Cf. L. 59, *De hered. inst.*, XXVIII, 5, et L. 54, *De adq. rer. dom.* L. 74, §§ 2 et 3, *De adq. vel omit. hered.*, XXIX, 2. L'opinion qui prévalut exigeait deux conditions : que la libéralité s'adressât au possesseur, et que l'homme libre eût la volonté libre de lui acquérir. — On conçoit que l'on se soit montré plus sévère à l'égard du simple possesseur qui n'a en réalité aucun droit surtout par rapport à un homme libre capable d'acquérir pour lui-même, que pour l'usufruitier qui est véritablement titulaire d'un droit réel. — Cette préoccupation de ce que l'homme libre possédé de bonne foi comme esclave a en réalité une capacité propre se montre dans un texte où nous voyons décidé, que dans les stipulations faites par cet individu *ex re possessoris*, il acquerra toujours au possesseur même si lui-même n'eût pu acquérir la chose en question. V. L. 23, § 2, *de adq. rer. dom.* Pothier et Cujas sont d'accord pour supprimer une négation dans la seconde phrase de ce fragment. Pothier, *Pandectes ad tit. de adq. rer. dom.*, n° 85.

Cujas, *Obs.*, IV, 1, la négation ne se trouve pas dans la *Vulgate*.

rum quidem sibi adquirere (le *verus dominus* ici en effet, c'est lui-même), *servum quidem domino : quia jussum domino cohæreat* (1).

Au lieu de *jussum* qui n'offre pas un sens très satisfaisant, nous proposons de lire avec la *Vulgate* : *jus suo*, c'est-à-dire *jus (stipulationis) suo domino cohæreat* le droit d'acquérir par stipulation appartient en principe à son véritable maître.

L'espèce suivante mérite d'être transcrite (2) : *Apud Labeonem ita scriptum est : filium et filiam in sua potestate pater intestatus reliquit, filia eo animo fuit semper, ut existimaret nihil ad se ex hereditate patris pertinere; deinde frater ejus filiam procreavit et eam infantem reliquit. Tutores servo avito ejus imperaverunt ut ab eo cui res avi hereditatis vendiderunt stipularetur quanta pecunia ad eum pervenisset; ex ea stipulatione quid pupillæ adquisitum sit, peto rescribas. Paulus : est quidem verum bona fide possessum servum ex re ejus cui servit stipulantem possessori adquirere sed si res, quæ ex hereditate avi communes fuerunt, in venditionem hereditatis venerunt, non videtur ex re pupillæ totum pretium stipulari : ideoque utrisque adquiri.* Sans traduire le texte tout entier, nous construisons le *casus* : la situation est celle-ci : la petite fille du défunt est copropriétaire pour moitié de l'hérédité avec sa tante ; mais elle possède de bonne foi toute l'hérédité comme avait fait son père. Ses tuteurs vendent l'hérédité à un tiers et ordonnent à un esclave en provenant, mais qu'ils ont conservé, de stipuler de l'acheteur le prix. — Cet esclave est en réalité commun à la petite fille et à sa tante, mais il est possédé de bonne

(1) L. 33, princ., *De stip. serv.* Cf. L. 41, XII, 1, *De reb. creditis* cette loi dont l'espèce est un peu compliquée, trouvera mieux sa place lorsque nous traiterons du *servus hereditarius*. V. chap. IV, § 6.

(2) L. 20, § 1, *De stip. serv.*

foi pour le tout par la petite fille ; va-t-elle recueillir tout le bénéfice provenant de cette stipulation ? Paul décide que la stipulation n'ayant pas été faite pour le tout *ex re pupillæ*, l'acquisition se réalisera au profit des deux copropriétaires. Il faut supposer que l'esclave a stipulé *impersonaliter* ; car s'il avait stipulé *nominatim pupillæ* les règles sur le *servus communis* précédemment exposées nous conduiraient à décider que la créance *ex stipulatu* tout entière est acquise à la pupille sauf règlement de compte ultérieur avec sa tante.

Mais si l'esclave n'a pas stipulé *nominatim pupillæ*, il semble bien qu'il a stipulé sur le *jussus* des tuteurs, lequel est encore équivalent à celui de sa maîtresse (1) ; *tutores servo avito ejus imperaverunt* et la *jussio* n'équivaut-elle pas à la *nominatio* ? Les glossateurs proposent cette explication : d'après la formule de la stipulation intervenue son objet est incertain : *quanta pecunia ad eum pervenisset*, ce qu'ils paraphrasent ainsi : *quanta pecunia ad eum servum stipulantem pervenire deberet* ; la *jussio* n'a pas eu trait à la totalité du prix, mais à ce qui devait en revenir à leur pupille. Paul décide que l'acquisition se réalise au profit de deux copropriétaires ; il n'indique pas dans quelle mesure ? les principes généraux veulent que ce soit *pro partibus dominicis*, c'est-à-dire dans l'espèce pour moitié : la Glose à ce sujet indique une opinion assez singulière d'après laquelle la pupille en tant qu'elle possède de bonne foi aurait acquis $1/2$, puis en tant que copropriétaire $1/2$ du reste de la créance, d'où finalement sa créance serait des trois quarts et celle de la tante d'un quart seulement — le tout bien entendu sauf règlement de compte ultérieur.

Dans le cas où l'esclave aurait stipulé *ex re possessoris*

(1) L. 27, XXVI, 7, de *adm. tut.* L. 56, § 4, XLVII, 2, de *furtis* : *quia tutor domini loco habetur.*

nominatim domino suo le possesseur de bonne foi n'acquiert pas la créance, mais il a une *condictio sine causa* contre le *dominus* (1); remarquons qu'il est mieux traité à ce point de vue que ne l'est de droit commun le possesseur de bonne foi relativement aux dépenses qu'il a pu faire sur la chose, car *non alias sumptus consequi posse quam possideat, et ab eo dominus soli rem vindicet, scilicet opposita doli mali exceptione* (2); la raison de cette différence provient peut-être de ce que les Romains ont été plus choqués dans le premier cas que dans l'autre du bénéfice injuste que réaliserait le propriétaire si l'on n'accordait pas d'action au possesseur ou plutôt à l'ex-possesseur, car il faut supposer que le propriétaire a recouvré sa chose : — en effet lorsque le possesseur a fait des dépenses sur la chose, il en a profité dans une certaine mesure puisqu'il a continué à jouir de la chose ainsi conservée ou améliorée ; tandis que la stipulation qu'a faite l'esclave *ex re sua nominatim domino* l'a dépouillé sans aucune compensation.

Signalons un dernier texte concernant l'homme libre (3) : *Liber homo bona fide mihi servit ; stipulatur ex re mea, vel ex operis suis, Stichum qui ipsius est, magis est ut mihi acquirat ; quia et si servus esset meus adquireret mihi ; nec enim illud dici debet, quasi ille quoque in peculio ejus esset*. La raison de douter était celle-ci : Stichus n'est-il pas en quelque sorte dans le pécule de cet individu que je possède de bonne foi comme esclave ? n'est-ce pas comme si j'avais stipulé une chose m'appartenant ? Mais le jurisconsulte décide justement que Stichus ne m'appartient en aucune façon,

(1) L. 39, *in fine*, de *stip. serv.*

(2) L. 14. XLIV, 4, de *doli et met. except.*

(3) L. 20, *princ.* De *stip. serv.*

et que la stipulation est par conséquent valable : il continue : *Sed si ex re mea Stichum qui meus est stipulatur, sibi adquirit* ; l'homme libre acquerra pour lui-même ; l'esclave d'autrui eût acquis pour le *verus dominus* ; enfin si l'homme libre stipulait *ex re sua* du possesseur lui-même la stipulation serait inefficace (1).

§ 2. — De la possession de mauvaise foi.

Supposons que la bonne foi du possesseur vienne à cesser, la ressemblance avec le cas du *servus fructuarius* disparaît. — Un certain désaccord règne entre les textes :

Gaius (2) décide que le possesseur cesse d'acquérir *ex operis servi*, mais qu'il continue à acquérir *ex re sua*. Ulpien (3) pose la question en ces termes : *tamdiu autem acquirit quamdiu bona fide servit, cæterum si cæperit scire esse eum alienum vel liberum videamus an ei adquirit? Quæstio in eo est, ut singula momenta spectemus*. Ulpien lui refuse donc toute acquisition même *ex re sua*.

Africain (4) est plus affirmatif encore en ce sens : il assimile les acquisitions de l'esclave pour le possesseur *ex opera et ex re ipsius* aux acquisitions de fruits (5). Julien (6) en revanche se montre éminemment favora-

(1) L. 118 princ. XLV. 1. *De verb. obl.* V. ce que nous avons dit plus haut sur la loi 25, § 5, VII, 1. *De usuf.* Cf. L. 49, *de adq. rer. dom.*

(2) L. 20, VI, 1. *De rei vind.*

(3) L. 23, § 1, XLI, 1, *de adq. rer. dom.* — Cf. Bartole, *ad tit. destip. serv.* III, p. 81 de la 2^e partie : *stipulatione quam facit monachus quem abbas scit non juste professum et vere eum non esse monachum queritur monasterio.*

(4) L. 40, *de adq. rer. dom.* Cf. L. 34, XLV, 3. *de stip. serv.* texte de Javolenus.

(5) L. 48, § 1, *eod. tit.*

(6) L. 25, § 2, XXII, 1, *de usuris.*

ble au possesseur devenu de mauvaise foi ; il lui attribue les fruits et les acquisitions de l'esclave *ex re sua vel ex operis ipsius* tant qu'il n'est pas évincé. Sans doute Julien devait admettre que le possesseur serait condamné par le juge à restituer les fruits dont il serait devenu propriétaire depuis la survenance de sa mauvaise foi, de même qu'il serait condamné à retransférer au demandeur la propriété de la chose qu'il aurait usucapée *inter moras litis*, puisqu'à ce point de vue *mala fides superveniens non nocet*.

Quant à Ulpien et à Africain ils accordaient vraisemblablement au possesseur évincé une *condictio sine causa* pour obtenir du propriétaire la restitution des acquisitions de l'esclave *ex re sua* ; Gaius évitait ce règlement de compte en attribuant directement ces acquisitions au possesseur.

Mais Julien traite plus sévèrement celui qui *ab initio* a été possesseur de mauvaise foi (1).

Per servum donatum a marito nec ex re quidem ejus cui donatus est, acquiri quidquam posse Julianus scribit: hoc enim in eorum persona concessum est qui bona fide serviunt. Il s'agit d'une donation entre époux nulle comme telle, et l'on suppose l'époux donataire de mauvaise foi, c'est-à-dire connaissant le vice de son titre d'acquisition, l'esclave ne pourra acquérir que pour le mari donateur (2). D'ailleurs quelques jurisconsultes avaient douté que le donataire eût même la possession (3) ; elle lui fut cependant reconnue par cette raison qu'il était bien certain que le donateur, qui avait perdu le *corpus* et l'*animus*, ne l'avait plus ; et cette possession lui fai-

(1) L. 57 XLI-4 de *adq. rer. dom.* Cf. *Code*, l. 1, § 1, III-32 de *rei vindicat.*

(2) LL. 17, § 1 et 19, princ. et § 1, XXIV, 1, de *don. int. vir. et ux.*

(3) LL. 46, de *don. int. vit. et ux.* et I, § 4, XLI, 1, de *adq. rer. dom.*

sait même acquérir définitivement les fruits (1), les mots du texte que nous avons cité plus haut : *nec ex re quidem ejus cui donatus est acquiri*, doivent nous faire décider par *a fortiori* que l'acquisition *ex operis servi* ne se produirait pas (2).

La bonne foi est donc exigée en notre matière, mais elle suffit; il n'est pas nécessaire que le possesseur puisse usucaper l'esclave. *Etiam furtivus servus bonæ fidei emptori acquirit, quod ex re ejus stipulatur, aut per traditionem accipit* (3); nous pouvons ajouter *vel ex operis suis*, car au point de vue de l'acquisition des fruits, le vice de chose volée n'est pas pris en considération.

Au contraire *nemo servum vi possidens, aut clam, aut precario, per hunc stipulantem vel rem accipientem potest acquirere* (4).

Servus per metum mancipatus quidquid adquisierit, vel stipulatus sit, ei acquirit qui vim passus est (5). Ceci nous amène à parler de l'esclave qui est en la possession d'un voleur (6) : *Servus meus cum apud furem*

(1) L. 17, princ., 15, § 1 de *don. int. vir. et ux.*

(2) Et cependant les *opere servi viri* étaient considérées comme une *donatio modica* valable; L. 1., 18, 28, § 2, 31, § 1, de *don. int. vir. et ux.* Mais il s'agit là de services absolument personnels, et non pas des gains que la femme eût pu réaliser par la *locatio operarum servi*. — Nous venons de dire que l'époux donataire n'était pas tenu de restituer les fruits, et que cependant il ne pouvait acquérir de créance *ex stipulatu* par l'intermédiaire de l'esclave objet de la donation : Les deux décisions se concilient par cette observation que les Romains ont voulu seulement supprimer entre époux les comptes de fruits toujours compliqués. Mais rien n'était plus simple que de refuser à l'époux donataire l'action *ex stipulatu* provenant du contrat de l'esclave. — Nous remarquerons aussi que le droit de se servir de l'esclave n'emporte pas le droit de le faire stipuler *ex re suâ*; cette décision est tout à fait en harmonie avec la théorie que nous avons émise sur le fondement de l'acquisition *ex re suâ* par l'usufruitier. V. chap. III, sect. I, art. 2, § 1.

(3) L. 39, XLI, 1, de *adq. rer. dom.*

(4) L. 22, *eod. titulo*.

(5) *Sent. Pauli*, I, 7, § 6.

(6) L. 14, de *stip. serv.*

esset, furi dari stipulatus est, negat furi deberi Sabinus, quia eo tempore, quo stipulatus est ei non serviret. Sed nec ego ex ea stipulatione agere potero (1). Sed si detracta furis persona stipulatus est, mihi quidem acquiritur actio. Sed furi nec mandati, nec alia actio adversus me dari debet (1).

Deux hypothèses sont prévues dans ce texte : l'esclave stipule *nominatim* pour le voleur ? le voleur n'acquiert pas d'action car il est une *extranea persona*, et il possède de mauvaise foi ; le propriétaire n'en acquiert pas non plus, parce que *servus alienus, alii nominatim stipulando, non acquirit domino* (2) : — ou bien l'esclave stipule *impersonaliter*, il acquiert pour son propriétaire, même *ex re furis*, et le voleur n'a aucune action contre ce dernier pour obtenir une restitution quelconque, sa mauvaise foi empêche qu'il soit traité comme celui qui aurait chargé l'esclave d'autrui d'administrer ses affaires, les stipulations que ferait l'esclave à cette occasion profiteraient à son maître, mais celui-ci (pourvu qu'il ait donné son assentiment à ces négociations) serait tenu *de peculio* par l'action *mandati directa* de lui remettre ce qui, en définitive doit lui revenir. Le voleur n'a pas même une *condictio sine causa* contre sa victime : pourrait-il lui opposer une exception de dol sur la *rei vindicatio* ou la *condictio furtiva* ? L'équité semble bien devoir faire admettre l'affirmative, mais les textes font défaut.

Enfin, le créancier gagiste, bien qu'il possède du moins à certains égards l'esclave qui lui a été remis en gage,

(1) La *Vulgate* ajoute ici : *quia eo tempore quo stipulatus est mihi non serviret* — *ineptum glossema*, dit Pothier, car mon esclave ne m'en appartient pas moins parce qu'il est chez un voleur ; un copiste maladroit à sans doute reproduit le même membre de phrase qu'il avait écrit une ligne plus haut. V. *Pandectes.*, ad. tit. *de stip.. serv.*, n° 35.

(2) L. 30, *De stip. serv.*

ne peut rien acquérir par les stipulations de cet esclave (1); car à aucun titre il ne peut être considéré comme l'ayant sous sa puissance — cela est de plus en harmonie avec ce principe qu'il n'acquiert pas les fruits à moins de convention spéciale. Le *servus pignori datus* continuera donc à acquérir des créances *ex stipulatu* au débiteur.

SECTION III. — DE LA PLURALITÉ D'USUFRUITIERS OU DE POSSESSEURS

L'usufruit, à la différence de toutes les autres servitudes, est un droit divisible (2), et par conséquent susceptible de se trouver dans l'état d'indivision. Plusieurs textes visent des hypothèses où deux personnes sont titulaires d'un droit d'usufruit sur un esclave. — Nous allons les étudier rapidement et ce que nous en dirons s'appliquera également au cas de plusieurs possesseurs d'un *servus alienus*, ou d'un homme libre (3). Il faut distinguer suivant que l'esclave stipule *ex ea re quæ ad utrosque pertinet, vel ex re unius*.

(1) L. 37, XLI, 1, *De adq. rer. dom.*, l. 1, § 15, XLI, 2, *De adq. vel am. poss.*, l. 46, XLI, 3, *De usurp. et usucap.*

(2) L. L. 1, § 9, et 81, XXXV, 2, *ad leg. Falcid.*, LL. 5 et 74, VII, 1 *de usuf.* 14 et 25, VII, 4. *quib. mod. usuf.* 49, VII, 8, *De usu et hab.* 43, § 1, XLVI, 4, *de accept.* Si l'usufruit est divisible, alors que l'usage est indivisible, c'est que le *fructus*, qui est le droit le plus important, est considéré comme absorbant l'*usus*. V. Accarias, *Précis de Droit romain*, 1, n° 281.

(3) Bartole, *op. et loc. cit.*: *si monachus esset præpositus regimini duarum ecclesiarum, dicerem idem quod in servo in quo plures habent usumfructum.*

§ 1. — L'esclave a stipulé « *ex re quæ ad utrosque pertinet.* »

Dans cette hypothèse si l'esclave stipule *impersonaliter* ou *nominatim duobus* il acquerra pour chacun des usufruitiers dans la proportion de son droit dans la *res*, de la valeur fournie effectivement par lui (1); c'est ce que nous avons vu pour le cas où la *res* était fournie par le nu-propriétaire et par l'usufruitier; et nous avons relevé cette différence avec le cas du *servus communis* (2). On ne peut pas en effet établir de rapport entre les deux droits d'usufruit, pas plus qu'entre l'usufruit et la nue-propriété (3). — Sans doute le droit de chaque usufruitier porte bien sur une partie aliquote de l'esclave, mais la valeur de l'usufruit variant essentiellement suivant ses chances plus ou moins lointaines d'extinction il peut se faire que celui qui n'a l'usufruit de l'esclave que pour un tiers ait cependant un droit plus fort que celui qui a l'usufruit de ce même esclave pour les deux tiers.

L'esclave peut contrarier le résultat que nous venons d'indiquer en stipulant *nominatim* pour l'un des usufruitiers, ou sur son *jussus* (4): *si cum duorum usufructus esset in servo, et is servus uni nominatim stipulatus sit ex ea re quæ ad utrosque pertinet, Sabinus ait, quoniam soli obligatus est, videndum esse quemadmodum alter usuarius* (5) *partem suam recipere pos-*

(1) V. Genty, *op. cit.* p. 131, *in fine*,

(2) L. 26, § 1, VII, 1, *De usuf.*

(3) Tel est cependant le rapport dans lequel Neratius, dans la loi 24, *De stip. serv.*, décide que se fait l'acquisition; mais dans l'hypothèse de cette loi, que nous retrouverons bientôt, la *res communis* consistait précisément dans les *operæ* de l'esclave; ici la quotité du droit d'usufruit correspond bien à la quotité du droit de chacun aux *operæ* dont la rémunération est stipulée par l'esclave.

(4) L. 33, § 1 et 32, *De stip. serv.*

(5) Le mot est impropre c'est *usufructuarius* qu'il faut lire: Cf. L. 45, XLI, 1, *De adq. rer. dom.*

sit, quoniam inter eos nulla communio juris esset; sed verius est utile communi dividundo iudicio, inter eos agi posse. — Puisque l'usufruitier nommé dans la stipulation doit restituer à son co-usufruitier sa part, c'est qu'il a acquis la créance *ex stipulatu* pour le tout.

Cependant la stipulation n'a été faite *ex re sua* que pour partie, et pour partie *ex re alterius*; comment expliquer ce résultat (1)? Nous pensons qu'il faut se borner à dire que Sabinus et Paul ont été séduits par une certaine analogie entre le cas de co-usufruitiers et celui de copropriétaires: dans ce dernier cas en effet, nous avons vu que chacun d'eux acquérait pour le tout la créance provenant d'une stipulation faite *nominatim ei ex re communi*; aussi indiquent-ils l'action *communi dividundo* pour le règlement de compte entre les deux co-usufruitiers. Mais que signifient ces expressions. *quoniam inter eos nulla communio juris sit* (2)? N'avons-nous pas cité des textes nombreux où l'usufruit est considéré comme un droit divisible: d'autres textes parlent d'une *communio ususfructus* (3) et mentionnent sans difficulté le *iudicium communi dividundo* entre usufruitiers. — Paul veut simplement dire que l'indivision de l'usufruitier ne se comporte pas comme l'indivision de la propriété. En effet, si l'usufruit est un droit *divisible*, ce n'est pas un droit *partageable*, c'est ce qui ressort de la combinaison des deux principes

(1) Genty, *op. cit.* p. 132 reprend cette idée que nous avons combattue plus haut (V. chap. III, sect. I, art. II, § I,) à savoir que l'usufruitier en faisant stipuler l'esclave a *usé* de cet esclave, et en a usé pour la stipulation tout entière. Mais alors pourquoi donc l'usufruitier n'acquiert-il pas la totalité de la créance *ex stipulatu*, lorsque la *res* lui appartenait en commun avec le nu-propriétaire? ne pourrait-on pas dire qu'alors il a *usé* de l'esclave pour le tout?

(2) Hotmanus. lib. 5. Obs. cap. 3, propose de substituer *divisio à communio*. V. la critique dans Nodt I-353, il est absolument inutile de dire qu'entre usufruitiers il n'y a pas de copropriété (*divisio juris vel domini*).

(3) L. 16, princ. et § 1 *fam. erc.* et l. 7 § 10 X-3 *com. div.*

suivants : d'une part le partage, ou l'acte qui en tient lieu, est une véritable aliénation, de l'autre, le droit d'usufruit comme toutes les servitudes est un droit inaliénable, (1) il ne peut se détacher de la personne au profit, de laquelle il a été originairement constitué, sans changer de nature et de valeur. Cela est sans grand inconvénient puisque l'usufruit est un droit essentiellement temporaire. — Cependant l'utilité pratique a étendu à l'indivision de l'usufruit le *judicium communi dividundo* (2) en le qualifiant seulement d'*utile*, et le juge règlera la manière dont les usufruitiers useront de leur droit. *Officium suum ita diriget*, dit Ulpien (3), *ut vel regionibus eis uti frui permittat, vel locet usumfructum uni ex illis, vel tertiæ personæ ut hi pensiones sine ulla controversia percipiant : vel, si res mobiles sint, etiam sic poterit, ut inter eos conveniat, caveantque per tempora se usuros et fruituros, hoc est ut apud singulos mutua vice certo tempore sit ususfructus.*

Dans tout cela il semble bien qu'il n'y ait pas attribution de droits réels distincts ayant chacun leur action propre, mais seulement un règlement d'exercice du droit indivis d'usufruit (4); ce qui le prouve ce sont, outre la nature du droit d'usufruit qui est inaliénable, les expressions même du texte : *permittat*; tel n'est pas le

(1) En droit prétorien on peut soutenir que l'usufruit non pas seulement quand à l'exercice, mais quand au droit réel lui-même est cessible. V. M. Labbé à son *Cours de droit romain*, citant la loi 11, § 2, XX-4 *De pign-et hypoth.*

(2) L. 7, § 7, X-3 *com. divid.* L. 4, *in fine* XLIII-20 *De aqua cottid.*

(3) L. 7, § 10, *com. div.* cf. l. 13 § 3 VII-1 *de usuf.* : *sed si inter duos fructuarios sit controversia, Julianus lib. XXXVIII. Digestorum scribit æquissimum esse quasi communi dividundo judicium dari : vel stipulatione inter se eos cavere qualiter fruantur : cur enim (inquit Julianus) ad arma et rixam procedere patiatur Prætor, quos potest jurisdictione sua componere ?* Ce texte montre bien le rôle de pacificateur que doit jouer le prêteur.

(4) V. Genty., *op. cit.*, p. 200 et sq.

langage impératif de l'*adjudicatio* ; de plus l'*adjudicatio, actus legitimus*, ne comporte pas de modalités semblables à celles que nous voyons indiquées dans le texte cité (1) ; enfin, dans le cas d'attribution de droits réels distincts avec leur action propre, on ne comprendrait pas la nécessité de l'intervention de *cautiones* entre les parties.

De tout ceci, il résulte que nonobstant tous arrangements conclus entre les co-usufruitiers relativement à la manière dont ils utiliseront les services de l'esclave, celui-ci n'en continue pas moins à acquérir dans tous les cas et à tous moments à chaque usufruitier *ex re sua*, ou encore en recevant pour lui une donation. — Nous devons revenir sur un texte de Neratius précédemment cité : *Et si duorum ususfructus sit, quod ex operis suis alteri eorum stipulatus sit, pro ea duntaxat parte ex qua ususfructus ejus sit adquiri* (2).

Nos anciens auteurs sont unanimes pour concilier ce texte avec les précédents en disant que Neratius a envisagé seulement le résultat final après le règlement de compte entre les deux usufruitiers (3). Cependant Genty professe une opinion contraire, et, fidèle à son système en notre matière, il s'exprime ainsi : l'usufruitier nommé ne peut acquérir en vertu de la stipulation de l'esclave faite *ex operis suis*, qu'en proportion de sa part dans l'usufruit ; la stipulation est nulle pour le

(1) La loi 77, 1, 17, De *div. reg. jur.* de Papinien qui énumère les *actus legitimi, qui in totum vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem* ne fait pas mention de l'*adjudicatio* ; mais on admet généralement que cette énumération n'est pas limitative. La solution que nous donnons est contredite formellement par un texte d'Ulpien. L. 16, § 2. X, 2, *fam. ere.*, mais il est fortement soupçonné d'interpolation ; comp. *fragm. Vatic.*, n° 49.

(2) L. 24, De *stid. serv.*

(3) V. La Glose, *ad h. leg.* — Cujas, *in lib. II, Resp. Neratii Prisci* VI, col. 607. — Pothier, *Pandectes, ad tit. De stip serv.* n° 31 ; Noodt, *De usufructu*, cap. 16, I, p. 354. — *Contrà* : Genty, *op. cit.* p. 130 et 131.

surplus ; c'est une différence avec la stipulation faite *ex re communi* (1) : il l'explique en disant que faire stipuler l'esclave *ex re communi*, c'est se servir de l'esclave, et s'en servir pour le tout, l'usage étant indivisible ; tandis que le faire stipuler *ex operis suis* , c'est faire un acte de jouissance, droit divisible : et les principes sur la société ou communauté ne s'opposent pas à ce que les communistes se servent chacun en entier de la chose commune, tandis qu'ils s'opposent à ce que l'un d'eux en acquière seul les fruits. — Nous avons déjà répondu à son premier argument concernant la stipulation *ex re communi* envisagée comme acte d'usage ; quant à cette affirmation que l'un des communistes ne peut pas acquérir seul les fruits, elle nous paraît au moins téméraire en présence de textes absolument formels en sens contraire (2) : la loi 11, *in fine*, X, 3, *com. div.* est la plus topique : parlant des réglemens de compte entre communistes dans le *judicium communi dividundo* elle indique cet élément : *si socius ejus solus aliquid ex ea re lucratus est, velut operas servi mercedesve : hoc judicio eorum omnium ratio habetur* (3).

§ 2. — L'esclave a stipulé ex re unius fructuariorum vel possessorum.

Trois choses sont certaines ; une quatrième seulement a fait doute. Si l'esclave stipule *nominatim* pour cet

(1) Et cependant un peu plus haut ce même auteur disait que si l'esclave stipule *ex operis suis* , la stipulation en fin de compte provient d'une chose appartenant aux deux usufruitiers. V. L. 23 princ. XLI, 1, *De adq. rer. dom.*

(2) LL. 56, X, 2, *fam. ere.*, 44. § 3. — L. 9, au Code III, 36, *fam. ere. et Dig.* L. 6, § 3, X, 3, *Com. div.* supposant que l'un des communistes donne à bail le fonds commun.

(3) L. 28, § 1, *De stip. serv.*

usufruitier ou ce possesseur, la stipulation sera évidemment efficace pour le tout à son profit. A l'inverse elle sera complètement inefficace si la *nominatio* désigne l'autre usufruitier ou l'autre possesseur. Enfin le nu-propiétaire, ou le *verus dominus* pourrait également acquérir toute la créance *ex stipulatu* provenant *ex re unius fructuariorum vel possessorum*, pourvu que la stipulation soit faite *nominatim* pour eux ou sur leur *jussio*.

Mais *quid* si l'esclave a stipulé *impersonaliter* ? certainement l'usufruitier qui n'a rien fourni ne peut rien acquérir, mais l'usufruitier qui a fourni la *res* acquerra-t-il toute la créance ? ou bien l'acquisition se partagera-t-elle entre lui et le nu-propiétaire, ou le *verus dominus* ? A vrai dire le doute ne se conçoit guère, car en quoi la présence d'un second usufruitier ou d'un second possesseur, qui ne peut acquérir en vertu de cette stipulation, doit-elle changer la situation ? Toutefois trois textes au Digeste discutent longuement et assez confusément cette question (1). Nous y voyons que Scævola a successivement professé les deux doctrines sur ce point : au livre II de ses *Questions* il enseigna que le possesseur qui avait fourni la *res* n'acquerrait que partie de la créance (moitié sans doute), l'autre moitié revenant au *verus dominus*, de même l'usufruitier acquerrait une partie de la créance proportionnelle à son droit, le reste profitant au nu-propiétaire, le tout sauf règlement de compte ultérieur. *Sed in inferioribus* (2), *lib. XIII, Quæstionum*, le même Scævola décida que la

(1) L. 25, § 6, VII, 1, *De usufructu*. L. 23, § 3, XLII, 1, *de adq. rer. dom.* que Cujas, *lib. cap. Obs. cap. IV.* qualifie de *locum depravatissimum* et où il propose plusieurs corrections que nous ne croyons pas devoir prendre la peine d'indiquer autrement. V. aussi Pothier, *Pandectes, ad. tit. de adq. rer. dom.* n° 86, et Noodt. *op. cit.* I, 353 et 4.

(2) L. 23. § 3, *in fine. De adq. rer. dom.* et L. 10, XLV, 3, *De stip. serv.*

créance tout entière serait acquise par le possesseur ou par l'usufruitier de qui provenait la *res*. Et cette opinion, la seule raisonnable, est adoptée par Julien et Ulpien. Toutefois il est intéressant de rechercher le sophisme qui avait égaré un instant Scævola. Ce sophisme est le suivant : il y a une ressemblance entre le cas de pluralité d'usufruitiers et de possesseurs et celui de copropriété d'un esclave, or, nous avons vu que la stipulation faite par le *servus communis ex re unius impersonaliter* (1), doit en principe faire acquérir une créance à tous ; d'autre part il y a, en cette matière une règle essentielle : à savoir que ce qui ne peut être acquis par l'un des communistes doit-être dévolu à l'autre ; à cette règle correspond, dans la matière de l'usufruit et de la possession de bonne foi d'un esclave, celle-ci : ce que l'un des usufruitiers ou des possesseurs ne peut acquérir est attribué au nu-propriétaire ou au *verus dominus*. C'est en combinant ces diverses propositions que Scævola avait été amené à l'opinion que nous avons indiquée et qu'il abandonna ensuite. En effet pour que l'acquisition soit dévolue au nu-propriétaire ou au *verus dominus* il faut que l'objet ne puisse être acquis par celui des usufruitiers ou des possesseurs qui stipule par la bouche de l'esclave.

Or, tel n'est pas le cas dans l'hypothèse que nous étudions : l'autre usufruitier ou possesseur demeure absolument étranger à la stipulation de l'esclave faite *ex re unius* ; on n'a donc pas à se préoccuper de ce que devient sa part dans la stipulation dont le bénéfice est acquis directement à l'usufruitier ou possesseur qui a fourni la *res* ; il suffit que la formule de la stipulation n'y mette pas obstacle ; or nous l'avons supposée conçue *impersonaliter*. Nous critiquons donc le motif

(1) L. 28, § 2, *De stip. serv.*

quedonne Scœvola pour appuyer sa seconde opinion (1) : d'après lui, l'usufruitier ou le possesseur qui a fourni la *res* n'acquiert toute la créance que par suite d'une sorte de *jus accrescendi* lui attribuant la part défailante de l'autre usufruitier ou possesseur.

(1) Comp. Genty, *op. cit.*, p. 126 et 55, qui résoud la difficulté par la théorie de l'usage de l'esclave sur laquelle nous ne croyons pas devoir revenir.

CHAPITRE IV

DES ESCLAVES QUI N'ONT PAS DE MAÎTRE (1).

Énumérons d'abord les hypothèses de *servi sine domino* pour les reprendre ensuite successivement :

- 1° Les *servi pœnæ* ;
- 2° Le *servus fructuarius* affranchi par le nu-propriétaire seul ;
- 3° L'esclave légué *per vindicationem* ;
- 4° Le Romain prisonnier chez l'ennemi ;
- 5° Le *servus derelictus* ;
- 6° Le *servus hereditarius* ;
- 7° Le *servus captivi*.

§ 1. — Des *servi pœnæ*.

Ce sont les individus condamnés *ad metallum vel ad bestias* ; ils sont censés n'avoir d'autre maître que leur

(1) Bartole, *ad tit. de stip. serv.*, III, p. 81 de la 2^e partie : *Stipulatio monachi sine monasterio non valet : Monachus sine monasterio dicitur ingrediens religionem regularium mendicantium, qui statim profitetur (regulares mendicantes non possunt recipere aliquem ad professionem illius regulæ nisi post annum) ille efficitur religiosus in genere. Cf. si quis profitetur religionem in manibus cujusdam monachi, quod ille efficitur religiosus et monachus, non tum incorporatur illi monasterio cum erat recipiens : quia non habebat potestatem incorporandi monasterio suo.*

châtiment (1) ; ils n'ont ni capacité propre, ni capacité d'emprunt, conséquemment toute stipulation émanant d'eux serait radicalement nulle. En effet ils n'appartiennent pas au fisc (2), *nam pœnæ servus est, non Cæsaris*, dit Adrien dans un rescrit annulant des dispositions testamentaires adressées à un tel esclave ; cette décision est remarquable, car elle témoigne d'un certain désintéressement chez l'empereur. Au contraire, nous voyons que l'enfant de la femme condamnée aux mines naît *servus fisci* ; il acquerra donc pour le trésor (3). L'esclave condamné à cette peine et qui est gracié par l'empereur ne retourne pas sous la puissance de son ancien maître ; il devient également *servus fisci* (4).

§ 2. — Du servus fructuarius affranchi par le nu-propriétaire.

Nous supposons que l'usufruitier n'a pas prêté son concours à l'affranchissement, l'acte du nu-propriétaire ne peut lui nuire ; il continue donc à acquérir par l'intermédiaire de l'esclave *ex re sua et ex operis ejus* ; les stipulations que ferait l'esclave *aliunde* ne pouvant profiter au nu-propriétaire, qui a renoncé à son droit, tomberont dans le vide (5).

Justinien décide que cet esclave deviendra libre en droit, mais *salvo jure fructuarii* ; ce n'est qu'à la mort de celui-ci qu'il jouira de la liberté (6) ; jusque-là sa

(1) LL. 2, § 2 et 17 princ. XLVIII, 19, *De pœnis* et aux *Institutes*, I, 12, § 3, *quib. mod. jus pot. solv.*

(2) L. 3, princ. XXXIV, 8, *De his quæ pro non scriptis.*

(3) L. 24, § 6, XI, 5, *De fid. libert.*

(4) L. 24, § 5, *eod. tit.*, et au Code. L. 8, IX, 51, *De sentent. passis.*

(5) Règles d'Ulpien, I, 19, Dorotheë : *dis putatio forensis, de manumissionibus*, n. 11.

(6) Code, L. 1, princ. VII, 15, *commun. de manum.*

situation doit-être réglée de façon analogue à celle d'un homme libre possédé de bonne foi, c'est-à-dire qu'il acquerra pour lui-même tout ce qui ne peut pas être acquis par l'usufruitier. — La même constitution règle la situation faite au *servus fructuarius* affranchi par l'usufruitier ; si ce dernier a renoncé à son droit dans l'intérêt du nu-propiétaire, pratiquement par une cession, *plenissimum ius habeat in servo proprietarius, et omnia ei servus adquirat secundum ea quæ generaliter in servos et dominos constituta sunt*. Mais si l'intention de l'usufruitier a été que l'esclave jouît de la liberté pendant le temps qu'aurait pu durer l'usufruit, les juges veilleront à ce qu'il ne soit pas inquiété par le propriétaire ; puis à l'époque où l'usufruit aurait dû prendre fin, *tunc serviat quidem domino et omnia quæ in medio ad eum pervenerint hæc suo domino adquirat*.

Puisque nous avons été amenés à parler de l'affranchissement, nous profiterons de cette occasion pour faire quelques remarques.

Avant la loi *Junia Norbana* les esclaves, qui n'étaient pas affranchis par un mode solennel, n'avaient qu'une liberté de fait et assez précaire : *domini voluntate in libertate erant* (1) et ils continuaient à acquérir pour leur maître. Après la loi que nous venons de citer, théoriquement sinon pratiquement, il n'en fut plus de même ; l'affranchi latin Junien acquerra pour lui-même. Aucun affranchi ne peut stipuler pour son patron (2).

Enfin disons que le *statuliber* (3) jusqu'à l'événement de la condition qui suspend son legs de liberté et l'esclave qui n'a reçu qu'une *fideicommissoria liber-*

(1) Dorothea. *op. cit.* §§ 5 et 6.

(2) L. 126, § 2, XLV, 1. *De verb. obl.*

(3) L. 11, princ. XXXI, *De legat.* 2, et LL. 9, princ. et 29 princ. XL, 7, *de statulib.*, il devient libre sans rétroactivité. *Code*. L. 1, IV, 14. *An serv. ex suo facto*. L. 45, § 2, XL, 5. *De fid. libert.*

tas, jusqu'à l'exécution du fidéicommiss sont traités comme les autres esclaves de l'héritier.

§ 3. — Du Romain prisonnier chez l'ennemi.

Ce cas de *servus sine domino* est cité par M. de Savigny (1) ; la décision est fondée sur ce que l'ennemi n'ayant pas la capacité de droit ne peut avoir ni *potestas* ni *dominium* ; de plus toute action en justice devant les tribunaux romains lui est impossible : donc en supposant que son prisonnier ait stipulé pour lui, il ne pourrait avoir l'action *ex stipulatu*. Cela suppose admis que les déchéances de la captivité n'atteignaient que celui qui avait été fait prisonnier dans une guerre avec un peuple n'étant lié avec Rome par aucun traité, ni par aucun lien d'*amicitia* ou d'*hospitium*, n'ayant par conséquent avec elle aucune communauté de droit. Pour les autres peuples leurs tentatives de résistance n'étaient que des révoltes.

§ 4. — Du *servus derelictus*.

Mettons d'abord de côté le cas où son maître l'aurait abandonné *ob gravem infirmitatem*, on sait, en effet, qu'un édit de Claude le déclare libre de plein droit, s'il stipule il acquerra donc pour lui-même (2).

Un texte de Javolenus (3) vise l'hypothèse normale : *Quod servus stipulatus est, quem dominus pro derelicto habebat, nullius est momenti, quia qui pro derelicto rem habet, omnimodo a se rejecit, nec potest ejus operibus uti quem eo jure ad se pertinere noluit.*

(1) *Traité de Droit romain*, t. 1, p. 354 en note.

(2) L. 2, XL, 8, *Qui sine manum*.

(3) L. 36, XLV, 3, *De stip. serv.*

Il nous faut tenir compte en cette matière de la controverse qui divisa les deux écoles de jurisconsultes : Priscus Javolenus (1), Sabinien comme son maître Cœlius Sabinus (2), soutenait que la propriété était immédiatement perdue par le *derelinquens*; toutefois nous croyons que les principes commandaient qu'il demeurât *nudus dominus ex jure Quiritium* (3) tant que le temps de l'usucapion ne s'était pas accompli au profit du tiers qui se serait emparé de l'esclave (*res Mancipi*). D'où ce *servus derelictus* pourrait continuer à stipuler *nominatim* pour le *derelinquens*, mais tel n'est pas notre cas.

Dans l'opinion Proculienne, le *derelinquens* demeurerait plein propriétaire tant qu'un tiers ne s'était pas emparé de l'esclave (4), la stipulation n'aurait donc pas été *inutilis*. Justinien (5) consacra définitivement l'opinion Sabinienne, et, comme il supprima le *nudum dominium ex jure Quiritium*, le *servus derelictus* non encore appréhendé par un tiers est bien véritablement un *servus sine domino*.

Javolenus continue : *Quod si ab alio adprehensus est, stipulatione ei adquirere poterit; nam et hæc genere quodam donatio est* (6). La fin du texte compare

(1) Loi de Pomponius, 2, § 47, *in fine*, I, 2, *De origine juris*.

(2) L. 38, § 1, IX, 4, *De noxal. act.* texte de Salvius Julianus disciple de Javolenus. Cf. l. 43, § 5, XLVII, 2, *De furtis*.

(3) C'est ce qui ressort d'un texte d'Ulpien, qui certainement avait adopté l'opinion sabinienne dominante déjà dans son temps. L. 17, § 1, XLI, 2, *De adq. vel am. poss. Differentia inter dominium et possessionem hæc est, quod dominium nihilominus ejus manet qui dominus esse non velit, possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere.* (V. encore LL. 1 et 2, XLI, 7, *pro derelicto*, l. 43, § 5, XLVII, 2, *De juris*.

(4) L. 2, § 1, XLI, 7, *pro derelicto*.

(5) *Institutes*, II, 1, § 47, *De rer. div.*

(6) Ces derniers mots font allusion à la théorie de la tradition *incerta personæ* par laquelle les jurisconsultes romains expliquaient le déplacement de propriété qui s'opérait ici. Comp. dans notre ancien droit Bartole, *ad h. leg.*, III, p. 83 au verso : dans le but d'éviter les fraudes (*infinitas frau-*

le *servus derelictus* au *servus hereditarius* dont nous allons bientôt nous occuper : *Inter hereditarium enim servum, et eum qui pro derelicto habetur, plurimum interest, quoniam alter hereditatis jure retinetur, nec potest relictus videri qui universo hereditatis jure continetur, alter, voluntate domini relictus, non potest videri ad usum ejus pertinere a quo derelictus est.*

§ 5. — De l'esclave légué per vindicationem.

Ce cas nous est encore fourni par l'étude d'une autre controverse entre les deux écoles de jurisconsultes : D'après les Proculiens : était *nullius* l'esclave légué *per vindicationem*, soit purement et simplement, tant que le légataire n'avait pas accepté, soit sous condition, *pendente conditione*. — Les Sabinien au contraire déclaraient que dans le premier cas l'esclave appartenait au légataire du moment où l'effet du legs était assuré ; c'est-à-dire du moment de l'adition, de telle sorte que son acceptation ultérieure ne faisait que confirmer un droit acquis ; mais sa répudiation avait pour effet de le dépouiller rétroactivement et de faire réputer l'héritier propriétaire à compter du jour de l'adition (1) : la propriété de l'esclave était donc *in pendenti* tant que le légataire ne s'était pas prononcé. Le sort des acquisitions de l'esclave était également *in pendenti* (2), elles profiteront au légataire si celui-ci accepte sinon, demeureront à l'héritier. — Dans le cas de legs conditionnel les Sabinien décidaient que l'héritier était véritablement propriétaire de l'esclave *pendente conditione*, qu'il des), on voyait dans la *derelictio* une libéralité déguisée et *ideo solvetur gabella*.

(1) Accarias, I, p. 954 et 955.

(2) L. 86, § 2, XXX. De *legat.* 1.

acquérir donc par son intermédiaire, et ils repoussaient tout effet rétroactif de la condition accomplie au profit du légataire (1).

Dans l'un et l'autre cas au contraire, d'après les Proculiens, l'esclave étant *servus nullius* ne pouvait acquérir pour personne, car eux aussi repoussaient toute rétroactivité ; il est permis de trouver étrange cette opinion qui donnait à l'adition d'hérédité cet effet de rendre l'esclave *servus nullius*, alors que précisément cette même adition d'hérédité faisait disparaître rétroactivement la jacence de l'hérédité en confirmant toutes les acquisitions antérieures de l'esclave. Sur l'un et l'autre point, nonobstant un texte de Gaius, c'est l'opinion sabinienne qui l'emporta (2).

§ 6. — Du *servus hereditarius* (3).

Tant qu'une succession ouverte n'est pas acceptée elle est dite jacente ou vacante, et toutes les choses du défunt qui y sont comprises sont des *res nullius* (4). Il en résulte plusieurs conséquences, notamment celle-ci : l'esclave compris dans cette succession ne peut emprunter la capacité d'un maître et par conséquent, ne pourra stipuler. — Car évidemment il ne peut stipuler *nominatim defuncto* (5) ; il n'aurait pas pu davantage

(1) L. 32, § 1, XXXI, *De legat.* 2.

(2) *Comment.*, II, § 195. V. Accarias, *op. et loc. cit.*

(3) Comp. Bartole, *op. et loc., cit.* *Sed ponam unum casum pulchrum : quia eorum monasterium est occupatum à sarracenis, vel a mari vel ab alia inundatione, quid erit de istis monachis ? certe istos monachos equiparabo servis hereditariis quorum dominus est mortuus et operatus quod alius eorum locum assumat, ut sic acquirant monasterio et capitulo eorum futuro quod succedit in locum primi.*

(4) V. LL. 1, princ. I, 8, *De div. rer.* 13, § 5, XLIII, 24, *quod vi aut clam*, 64, XXVIII, 5, *De hered. inst.*

(5) L. 41, *in med.* XII, 1, *De reb. cred.*

être institué héritier par un tiers. Aussi de bonne heure les Romains admirent-ils la personnalité fictive de l'hérédité, et les textes abondent où nous trouvons ces expressions ou autres analogues : *hereditas dominæ locum obtinet*. — *hereditas personam domini sustinet* (1). Dès lors l'esclave pourra stipuler mais seulement *sibi, impersonaliter, vel hereditati*. Ajoutons que l'efficacité de sa stipulation est subordonnée à la condition que l'hérédité soit un jour acceptée (2). *Si servus hereditarius stipulatus sit, nullam vim habitura sit stipulatio nisi adita hereditas sit : quasi conditionem habeat*. — C'est un exemple de condition tacite.

Ici surgit une difficulté : De qui l'hérédité soutient-elle la personnalité ? Prolonge-t-elle celle du défunt ? Ou représente-t-elle au contraire l'héritier futur (3).

Illud quæsitum est, nous dit Gaïus, *an heredi futuro servus hereditarius stipulari possit ? Proculus negavit, quia is eo tempore extraneus est. Cassius respondit posse : quia qui postea heres extiterit videretur ex mortis tempore defuncto successisse : quæ ratio illo argumento commendatur, quod heredis familia ex mortis tempore funesta* (4) *facta intelligitur, licet post*

(1) L.L. 3, § 6, III, 4, *De neg. gest.*, 14, § 2, IX, 2, *Ad. leg. Aquil.* 15 princ., XI, 1, *De interrog.* 31, § 1, XXVIII, 5, *De hered. instit.* 61 XLI, 1, *De adq. rer. dom.* 22, XLVI, 1, *De fidej.* et *mand.* 138 et 193, L. 17, *De div. reg. jur.* Code, L. 9, IV, 34, *depositi*.

(2) L. 73, § 1, *De verb. obl.* La prise de possession des biens comme biens sans maître par le fisc ne donnerait pas force et vie à ces stipulations, car le fisc n'est pas un continuateur de la personne : c'est pour cela que les créances et les dettes conditionnelles comprises dans l'hérédité tombent lorsque le fisc prend les biens. L. 14, § 1, *in fine*, XLVI, 2 *De novat.*

(3) L. 28, § 4, XLV, 3, *De stip. serv.*

(4) Gaïus *Comment.* II-55 à propos de l'*usucapio pro herede* : les Romains voulurent inciter les héritiers institués à faire addition, *ut essent qui sacra facerent*. V. Varron *de lingua latîna*, lib. V. ch. 12. Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, lib. XVI, cap. 4. Cicéron, *de legibus*, II, cap. 19, 20, 22 : *Neque necesse est edisseri a nobis quæ finis funestæ familiæ, quod genus*

aliquod tempus heres extiterit. Manifestum igitur est servi stipulationem ei adquiri. Gaius avec l'école Sabinienne enseignait que l'hérédité représentait l'héritier futur, il en faisait découler la rétroactivité de l'addition de l'hérédité et par suite la validité des stipulations faites par le *servus hereditarius nominatim heredi futuro* (1).

Mais Julien quoique Sabinien se rattache à l'opinion proculienne qui prévalut. *Quotiens servus hereditarius stipulatur ex persona defuncti vires consumit, ut Juliano placet*, c'est Ulpien qui parle, *Hereditas enim non heredis personam sed defuncti sustinet, ut multis argumentis juris civilis comprobatum est* (2). C'est cette opinion que nous trouvons consacrée dans les *Institutes* (3). Il s'ensuit que le *servus hereditarius* ne peut stipuler *nominatim heredi futuro quia stipulationis tempore heres dominus ejus non fuit* (4).

Il est vrai que Modestin (5) nous dit : *Servus hereditarius et heredi futuro et hereditati recte stipulatur*, mais ce jurisconsulte, le dernier de tous ceux de l'époque classique, ne devait pas être un dissident ; il veut simplement dire que l'esclave peut stipuler en ces

sacrificii Lari (verbecibus) fiat, quemadmodum exceptum terra opostigatur, quæque in porca contracta jura sint, quo tempore in curia sepulchrum esse et religione teneatur.— Cf. Festus, *de verb. signific.* V. *Denicales*. *Denicales feriæ colebantur quum hominis mortui causa familia purgabatur.*

(1) Cf. Pomponius, l. 24, in fine, XLVI, 2. *De nov. et deleg.* Dans un autre texte, l. 31, § 1 XXVIII-5 *de hered. inst.* Gaius semble se contredire : *Creditum est hereditatem dominam esse, defuncti locum obtinere.* Mais on peut croire à une interpolation des commissaires de Justinien consistant dans l'addition des derniers mots, qui se lient mal au reste de la phrase, et s'en détachent comme d'eux-mêmes. V. Accarias, I, p. 872, note 1.

(2) L. 33, § 2, XLI-1, *de adq. rer. dom.* Cf. L. 116, § 3, XXX *de legat. 1.*

(3) *Institutes*, II-14, § 2, *de her. inst.* et III-17, princ. *de stip. serv.*

(4) L. 16, *de stip. serv.*; L. 27, § 10, II, 14, *de pactis.*

(5) L. 35, *De stip. serv.*

termes : *heredi domini futuro dare spondes? et hoc casu valet stipulatio, et acquiritur heredi qui postea adierit, quia retro intelligitur fuisse dominus servi; eique servus stipulatus est ut domino, non ut extraneo* (1).

Que résulte-t-il de tout cela? faut-il dire comme la grande majorité des interprètes que la représentation du défunt par l'hérédité et la rétroactivité de l'addition d'hérédité sont deux notions absolument contradictoires. — Nous avouons ne pas en être convaincus. Et en présence des textes nous croyons qu'il est impossible de construire un système absolu, c'est ce qui ressort du tableau suivant (2).

Gaius dans la loi 28, § 4, *De stip. serv.* ne dit pas expressément que l'hérédité représente l'héritier, mais il admet la rétroactivité de l'addition d'hérédité fondée sur le motif religieux que nous avons fait connaître : et il en déduit la validité des stipulations faites par le *servus hereditarius nominatim heredi futuro*, Gaius dans ce texte nous indique la controverse pendante entre les Proculiens et les Sabinien (3); il s'est rangé à l'opinion de ses maîtres, les Sabinien.

Cependant Celsus (4), qui est proculéen, admet la rétroactivité de l'addition d'hérédité.

D'autre part Gaius repousse la rétroactivité de l'addition d'hérédité en ce qui concerne la capacité du *servus hereditarius* d'être institué héritier ; il faut que le

(1) V. Cujas ad L. 48, § 2, *De stip. serv.* in lib. XXVII, *Quaest. Papiniani*, IV. col. 690. — Pothier, *Pandect. ad tit. De stip. serv.* n° 37, citant Pacius, *Centur.* VII, 37. On peut dire qu'il a stipulé en quelque sorte *impersonnellement* pour son maître. — Cf. Meranda. *Controv. jur.* lib., XI, cap. 44.

(2) L. 28, § 4, *De stip. serv.*

(3) V. *Étude sur les controverses entre les Proculéiens et les Sabinien sous les premiers empereurs de Rome* par M. E. Chénou, p. 64 de 65,

(4) L. 193, L. 17, *De div. reg. juris.*

testateur ait la *factio testamenti* avec le défunt (1).

C'est à ce point de vue également que se place Julien dans ses *Institutes* (2).

Julien quoique le plus illustre représentant de l'école Sabinienne fait prévaloir l'idée que l'hérédité représente le défunt. — Il est suivi par Ulpien (3).

Cependant nous voyons dans l'intervalle le Sabinien Pomponius (4) admettre dans un cas la rétroactivité de l'adition d'hérédité et la repousser dans une autre.

Enfin deux jurisconsultes de la fin de l'époque classique admettent la rétroactivité de l'adition d'hérédité : Modestin et Florentinus (5) — : Papinien (6) et Paul (7) se bornaient à nier la validité des stipulations faites *nominatim heredi futuro*.

Notre conclusion est celle-ci : il n'y a pas contradiction entre l'idée de la représentation du défunt par l'hérédité et celle de la rétroactivité de l'adition : ce sont au contraire là deux fictions qui doivent se combiner et qui ont été admises de même que la rétroactivité de la condition accomplie (8), seulement pour satisfaire un intérêt légitime dans tel ou tel cas particulier. Pourquoi l'hérédité représente-t-elle le défunt ? c'est parce que les Romains ont considéré la *testamenti factio* comme étant *non privati sed publici juris* (9) ; c'est un privilège accordé par le législateur à certaines personnes (10) ; le testateur, qui en a reçu la mission de se

(1) L. 31, § 1, XXVIII, 5, *De hered. inst.*

(2) *Institutes*, II, 14, § 2, *De hered. inst.*

(3) LL. 33, § 2 et 34, XLI, 1, *De adq. rer. dom.*

(4) L. 24, XLVI, 2, *De novat. et deleg.* et L. 44, § 2, XLVII, 2, *De furtis*.

(5) L. 35, *De stip. serv.* et L. 54, *De acq. vel omit. her.*, XXIX, 2.

(6) L. 18, § 2, *De stip. serv.* et L. 27, § 10, II, 14, *De pact.*

(7) L. 16, *De stip. serv.*

(8) V. pl. h. p. 40 et sq.

(9) L. 3, XXXVIII, 1, *qui test. fac. poss.*

(10) *Instit.* II, 11, § 6. *De test. mil.*

substituer à lui pour la dévolution de son patrimoine, doit élire avec un choix éclairé son héritier ; or il peut bien apprécier les qualités du défunt, c'est en sa considération qu'il instituera son esclave héritier, tandis que l'héritier futur est plus ou moins une *incerta persona*.

Mais malgré cette formule : *hereditas personam defuncti sustinet*, un *servus hereditarius* ne peut stipuler *nominatim defuncto* : il n'y a en effet aucun intérêt pratique en jeu, l'esclave peut stipuler dans une autre forme (1).

D'autre part les Romains admirent la fiction de la rétroactivité de l'adition d'hérédité (2) : à l'origine d'une façon presque absolue à cause du motif religieux que nous avons fait connaître ; ce qui entraînait la validité des stipulations faites *nominatim heredi futo* ; plus tard quand les idées religieuses se furent affaiblies on n'admit plus la rétroactivité que dans tel ou tel cas suivant l'intérêt pratique ; cet intérêt ne se rencontrait pas dans une simple formule de stipulation (3). — Poursuivons : les Romains, sans doute pour permettre l'*usucapio pro herede*, ne considérèrent pas comme un *furtum* (4) l'appréhension d'une *res hereditaria*, disant que la chose était *res nullius*, et cela nonobstant l'adition ultérieurement faite par l'héritier ; — à l'inverse si la

(1) Excepté s'il s'agit de recevoir l'acceptilation d'une dette du défunt, car il faut bien désigner la dette, aussi cela fut-il admis après une courte hésitation. L. 11, § 2, XLVI, 4, *De accept.* Si *servus hereditarius ante aditam hereditatem acceptus roget quod defunctus promisit : verius puto contingere liberationem, ut per hoc hereditas ipsa liberetur.*

(2) On peut dire que nos anciens auteurs sont unanimes sur ce point. Nous avons cité déjà Cujas et Pothier : ajoutons Doneau, II, col. 13 et 14. Duaren, ad tit. *De adq. vel. om. her.* p. 606 et le président A. Favre *Conject.* lib. 8, cap. 19, n° 1.

(3) Et nous n'apercevons même pas d'exception comme précédemment en ce qui concerne la réception d'une acceptilation : il n'y avait pas la même utilité pratique.

(4) L. 68, XLVII, 2, *De furtis.*

rétroactivité avait été admise l'héritier n'aurait pas eu l'action *furti* contre le *servus hereditarius* affranchi par le testament qui, avant l'adition, s'était emparé frauduleusement d'une chose appartenant en propre à l'héritier (1).

Enfin les Romains auraient pu valider après coup la stipulation d'usufruit faite par le *servus hereditarius*; ils ne le firent pas, se retranchant derrière ce motif un peu subtil que : *Ususfructus sine persona esse non potest* (2), mais le texte ajoute : *legari autem ei posse usumfructum dicitur quia dies ejus non cedit statim; stipulatio autem pura suspendi non potest Quid ergo si sub conditione stipuletur? nec hoc casu valet stipulatio quamvis petitio ex ea suspensa sit*; — C'est une conséquence, un peu subtile disons-nous du caractère essentiellement personnel de l'usufruit, qui suppose actuellement une personne sur la tête de laquelle il réside, et qui puisse l'exercer elle-même ou par quelqu'un en son nom. Or, dit Pothier (3) : *frui non potest ficta persona qualis est hereditas; frui enim*

(1) Loi précitée de Pomponius, 44, § 2, XLVII, 2, *De furtis*.

(2) L. 26, *de stip. serv.* — *Fragm. Vatic.* n° 55, et l. 61, § 1, XLI-1, *de adq. rer. dom.* — Le princip. de cette loi annonçait cette restriction à la personnalité de l'hérédité : *Hereditas in multis partibus juris pro domino habetur*. Cf. *in plerisque*, disent les *Institutes* III-17 princ. *de stip. serv.* Cf. L. 193, L. 17, *de div. reg. jur.* Trois sortes d'acquisitions sont écartées la possession, une hérédité, un usufruit. — Il convient de ne pas attacher plus d'importance que de raison à ces mots du texte *stipulatio autem pura suspendi non potest* LL. 18 § 3 *de stip. serv.* et 25 § 1 *de usuf.* VII-1 En effet l. 48 VIII-4, *comm. præd: necenim sicut viventium ita et defunctorum actus suspendi. receptum est*.

(3) *Pandectes, ad tit. de stip. serv.*, n° 38. Genty. *Traité de l'usufruit*, p. 64 indique comme motif de la décision que nous étudions que, si l'usufruit avait été acquis par l'hérédité, il se fût éteint avec la personnalité de cette hérédité lors de l'adition, car il ne pouvait y avoir *transmission* à la personne de l'héritier. Cette idée que l'héritier est censé recueillir les biens de l'hérédité en tant que constituant une personne distincte du défunt nous paraît absolument contestable. V. Ortolan, Ed. Labbé, n°s 645 et 1293 II p. 441 et III p. 180.

est qui facti. D'un autre côté, le préteur mettait à l'entrée en jouissance (par l'intermédiaire d'un esclave dans l'espèce) la condition préalable de la prestation de la *cautio usufructuaria* (1). L'esclave ne pouvait fournir cette *caution*. Enfin on peut ajouter que les Romains ne voyaient pas l'usufruit avec faveur (2), du moins en tant qu'il s'agissait d'un usufruit constitué entre vifs, car ils favorisaient au contraire les dispositions testamentaires; notre texte même en fournit la preuve puisque le legs d'usufruit adressé au *servus hereditarius* sera valable; ils motivaient cette décision (3) en disant que le *dies cedens* devait se placer seulement au jour de l'adition d'hérédité, c'est-à-dire au moment où l'esclave aura effectivement un maître qui puisse exercer l'usufruit et en remplir les charges (4).

— Mais à plusieurs autres points de vue la rétroactivité de l'adition d'hérédité fut admise. Le texte de Modestin (4), qui valide la stipulation faite par le *servus hereditarius nominatim*, au moins dans une certaine forme, pour l'héritier futur, en témoigne; de plus, alors qu'en principe l'hérédité est censée ne pou-

(1) L. 13 princ. XII-1 *de usuf.*

(2) V. L. 25. § 7. VII-1 *de usuf.* — Au Code, la Constit. 16, III, 33, *de usuf. et habit.* — On sait que même en droit prétorien la *minima capitis deminutio* éteignait l'usufruit. V. *Fragm. Vatic.* n° 61 cet esprit de défaveur est manifeste dans notre espèce, puisque la loi 26 *de stip. serv. in fine* annule la stipulation d'usufruit même conditionnelle, alors que la condition pourrait se réaliser après l'adition d'hérédité, et que dans les idées romaines, ainsi que nous l'avons montré (V. ch. I, sect. III, § 1.), le contrat ne se forme qu'à l'événement de la condition, sauf la fiction de la rétroactivité qui est admise pour satisfaire des intérêts légitimes : et précisément on fait servir ici la rétroactivité à l'annulation de l'acte.

(3) LL. 1, § 2, VII, 3 *quando dies ususf.* 18, VII, 4, *quib. mod. ususf.*, 82 *in fine XXXI de legat.* 2.

(4) L. 35 *De stip. serv.* V. pl. I. l'expl. de Cujas.

voir rien posséder (1), cependant l'héritier prenant possession des choses héréditaires continue la possession du défunt sans que l'usucapion soit réputée avoir été interrompue : elle aura même pu s'accomplir avant l'adition (2).

Ces applications de la rétroactivité s'appuient sur des textes précis : nous croyons pouvoir ajouter d'autres hypothèses sur lesquelles les textes sont muets, mais où la même solution paraît bien probable : en premier lieu : *quid* des stipulations qui, si elles étaient réputées faites par le défunt lui-même et pour son compte, devraient être déclarées nulles ? les exemples seraient nombreux : citons seulement le cas où l'esclave du tuteur décédé stipule une chose appartenant au pupille, et celui où l'esclave d'un président de province également décédé ferait un prêt d'argent en stipulant des intérêts. Si on repousse ici la fiction de la rétroactivité de l'adition, comme d'ailleurs l'hérédité ne peut pas être considérée comme une véritable personne juridique ayant une capacité propre, il faudrait annuler ces stipulations, résultat qui n'irait pas, il faut l'avouer, sans choquer la raison, puisque le fondement de la prohibition a disparu (3).

(1) V. le texte célèbre de Scævola inséré dans la loi 1 § 45 XLVII, 4 *Si is qui test. lib. esse jus. er.* Cf. Doneau ad. l. 41, XII, 1 *de reb. cred.*, que nous analyserons plus loin, tome X, col. 523 et seq.

(2) LL. 22, 25, 31 § 5, 40, 44 § 3 XLI. 3 *de usurp. et usucap.*

(3) *Quid* des hypothèses inverses de celles que nous venons de construire ? par exemple l'héritier futur se trouve être un président de province alors que le défunt était un simple particulier : la situation est différente, et la question moins aisée à résoudre ; il n'est pas impossible que les influences redoutées par la loi romaine dans notre espèce se soient produites même avant l'adition d'hérédité (l'ordre que donnerait l'héritier futur à un *servus hereditarius* de stipuler devrait-il être considéré comme un acte emportant l'intention d'accepter la succession ? V. LL. 20, princ. et 1, XXIX, 2, *de adq. vel om. her.*, il y aurait place à une appréciation des faits, mais l'héritier a pu être institué *sub cretione perfecta*. Gaius, III, n° 166 et 168.) Nous ferons seulement observer que rien ne nous oblige à

Enfin on peut se demander quelle est la condition des acquisitions faites par le *servus hereditarius* au point de vue de la séparation des patrimoines demandée par les créanciers héréditaires. Ici encore les textes font défaut ; voici la solution qui nous paraît la meilleure : Les acquisitions *ex causa hereditaria* feront partie de la masse sur laquelle les créanciers héréditaires ont un droit exclusif à l'encontre des créanciers personnels de l'héritier ; mais, appliquant au profit de ce dernier la fiction de la rétroactivité de l'adition, nous n'y comprendrons pas les acquisitions de l'esclave provenant *aliunde* (1).

Quid du *servus hereditarius* qui aurait été affranchi *testamento* ? Nous avons réglé par avance plusieurs situations sur lesquelles nous ne reviendrons pas. — Nous savons que jusqu'à l'adition d'hérédité pour le legs de liberté pur et simple, jusqu'à l'événement de la modalité pour le *statuliber* ou jusqu'à l'exécution du filéicommis de liberté, l'héritier continue à acquérir par l'intermédiaire de l'esclave (2), jusque là il n'y a pas à se préoccuper de la bonne ou de la mauvaise foi de l'héritier. — Mais supposons que le testateur ait conféré à la fois à son esclave la liberté et la qualité d'héritier (3) : Stichus, à la mort de son maître (4), doit devenir libre et héritier nécessaire : supposons avec

admettre nécessairement ici la rétroactivité de l'adition d'hérédité, étant donné notre *criterium* où l'intérêt pratique est le seul guide en ce qui concerne cette fiction.

(1) Comp. *Th. de la condition* de M. Bufnoir, p. 447 : notre savant maître paraît attribuer à la masse toutes les acquisitions indistinctement.

(2) V. L. 34, *De stip. serv.* et les textes cités au paragraphe II, de ce chapitre.

(3) V. *Comment.* II, p. 86, de Gaius pour la formule à employer.

(4) Ou peut être seulement du jour de *l'apertura tabularum*, cela du moins s'il a des cohéritiers, et dans le but probable de multiplier les *caduca*. V. Accarias, I, p. 862, note 3, loi 1, § 4, XXII, 6, *De jure et facti ign.*... — au Code, L. un. § 1, VI, 51, *De adsert. toll.*

un texte qu'il ignore tout cela ; que va-t-il se passer ? Voici le texte d'Africain : *Ejus, qui in provincia Stichum servum kalendario (1) præposuerat, Romæ testamentum recitatum erat, quo idem Stichus liber et ex parte heres erat scriptus; qui status sui ignarus pecunias defuncti aut exegit aut credidit, ut interdum stipularetur et pignora acciperet; consulebatur quid de his juris esset.* — Africain s'occupe d'abord des prêts d'argent non accompagnés de stipulation, ce qui ne nous concerne pas ; puis il suppose l'intervention d'une stipulation : *Quid si stipulatus quoque esset, referret quemadmodum stipulatus esset. Nam si nominatim forte Titio domino suo mortuo jam dari stipulatus sit, procul dubio inutiliter esset stipulatus: quod si sibi dari stipulatus esset, dicendum hereditati eum adquisiisse, sicut enim nobismet ipsis ex re nostra per eos, qui liberi, vel alieni servi, bona fide serriunt, adquiritur, ita hereditate quoque ex re hereditaria adquiri.*

Nous savons que cette adjonction d'une stipulation au *mutuum* corrige le défaut de propriété, ou de capacité de disposer des deniers, chez celui qui fait la numération (2). Ceci posé, le texte prévoit successivement deux hypothèses :

1^o Stichus a stipulé avant l'addition d'hérédité par ses cohéritiers : Africain, décide que Stichus a acquis pour l'hérédité laquelle est considérée comme le possesseur de bonne foi d'un homme libre acquérant par son

(1) L. 41, XII, 4, *De reb. cred.* — le *Kalendarium*, c'est le livre de comptes et d'échéances à l'usage des banquiers et tout ce qui concerne les avances de fonds, les prêts à intérêt; ainsi nommé du jour des Calendes qui était le plus souvent fixé pour les échéances. LL. 34, § 1, 46, § 6, 64, XXXII, *De legat.* 3^o et 88, princ. XXXI. *De leg.* 2^o Gaius et Justinien appellent un tel esclave *dispensator*. *Comment.* III. — 160 et *Institutes* III, 26, § 10, *mandati*. V. sur cette loi, Doneau, V, col. 523 à 595.

(2) L. 56, § 2, XLVI, 1, *de fidej.*

intermédiaire *ex re sua* (1), c'est-à-dire *ex re hereditaria*; finalement lorsque les cohéritiers auront fait adition et que Stichus connaîtra sa condition, tous se trouveront titulaires de la créance *pro portionibus hereditariis* (2).

2^o Le texte prévoit la seconde hypothèse : *Post aditam vero hereditatem a coheredibus non æque idem dici potest, utique si scierint eum sibi coheredem datum, quoniam tunc non possunt videri bonæ fidei possessores, qui nec animun possidendi habent.*

Après l'adition d'hérédité si les cohéritiers de Stichus sont de mauvaise foi, c'est-à-dire s'ils connaissent la véritable condition de celui-ci, ils ne pourront rien acquérir par son intermédiaire et Stichus acquerra toute la créance pour lui-même sauf règlement de compte ultérieur avec eux. Mais il se pourrait que les cohéritiers fussent de bonne foi, même après l'*apertura tabularum*; en effet nulle loi ne prescrit que la *recitatio testamenti* ait lieu en leur présence, il suffit, pour qu'ils fassent valablement adition, qu'ils connais-

(1) C'était un tempérament fort équitable à la règle que l'hérédité ne pouvait rien posséder.

(2) Doneau, X, col. 585 et 15, arrive bien à la même solution, mais par un raisonnement un peu différent : d'après lui il semblerait que Stichus acquit immédiatement lui-même pour une part la créance provenant de sa stipulation et qu'il fit acquérir le reste de la créance à l'hérédité considérée comme jacente pour les parts de ses cohéritiers qui n'ont pas encore fait adition.

Cujas, I, col. 1439, D, professe la même doctrine et s'exprime en termes très nets: *Hereditas est jucens, id est nondum adquisita heredibus, et non jacet quidem in hac specie pro parte Stichi qui statim heres extitit a morte domini etiam clausis tabulis, sed jacet pro parte coheredum extraneorum qui nondum adierunt.* Cette manière d'analyser l'opération nous paraît en contradiction avec le principe de l'indivisibilité du patrimoine, et par suite de l'hérédité. Si nous nous plaçons au point de vue du droit, l'hérédité n'est aucunement jacente, puisqu'il y a un héritier nécessaire qui en est investi indépendamment de toute manifestation de volonté : Stichus avant l'adition de ses cohéritiers est héritier de plein droit du jour de la mort de son maître, et il l'est actuellement pour le tout. Mais en fait, puisqu'il ignore sa condition, l'hérédité paraît jacente et les choses se passent comme si elle l'était effectivement.

sent d'une façon quelconque mais certaine leur vocation héréditaire (1). Toutefois l'hypothèse la plus facile à concevoir où ils seront de bonne foi est celle qui est contenue dans la dernière partie de notre texte: *Quod si proponatur coheredes ejus id ignorasse, quod forte ipsi quoque ex necessariis fuerint, potest adhuc idem dici* (supplé: *quod diximus ante aditam hereditatem*) *quo quidem casu illud eventurum est ut si suæ conditionis coheredes iste servus habeat, invicem bona fide servire videantur* (2). — Dans ce cas il n'y a pas à parler d'addition d'hérédité, mais au point de vue qui nous occupe, c'est-à-dire de l'acquisition de l'action *ex stipulatu* du chef de Stichus, la solution est la même que dans les premiers cas prévus par le texte; tous acquerront la créance *pro partibus hereditariis*; on peut dire qu'en fait, sinon en droit, l'hérédité a été jacente.

APPENDICE. — DE L'USUCAPIO PRO HEREDE.

Nous avons toujours supposé jusqu'ici qu'une addition d'hérédité intervenait faisant disparaître rétroactivement la jacenté de l'hérédité. *Quid* si l'héritier ne faisant pas addition, un tiers sans droit s'emparait de la

(1) V. sur ces points Doneau tome X, col. 580 et sq. et *Sent. Pauli*, IV, 6, *De vicesima*, §§ 1, 2 et 3.

(2) Cujas, d'après l'interprète grec Stéphane, fait remarquer qu'Africain n'a pas dit: *se invicem possident*, mais *invicem bona fide servire videntur*. — *Servire possum etiam non possidenti*. Tandis que *nec possidere intelligitur qui ipse possideretur*. L. 54, § 4, XLI, 1, *De adq. rer. dom.* V. Cujas, I, col. 1440, B. et C. — *Basiliques*, Lib. XXIII, tit. 1, cap. XLIII, n° 19. Éd. de Heimbach, II, p. 640.

succession et se mettait en devoir de l'usucaper *pro herede* (1). Que deviendront les stipulations faites par le *servus hereditarius*? En l'absence complète de textes voici les solutions qui nous paraissent découler des principes : le possesseur est manifestement possesseur de mauvaise foi ; cependant, pour des raisons particulières, il est *in causa usucapiendi*, et, au moins jusqu'à Adrien, il acquiert définitivement l'hérédité par l'usucapion. Au bout d'une année il sera héritier, c'est-à-dire titulaire des créances qui se trouvaient dans l'hérédité le jour où il l'a appréhendée, et désormais, sans difficulté, les esclaves qu'il a ainsi acquis pourront stipuler pour lui ; mais *quid* des stipulations de ces esclaves depuis l'ouverture de la succession jusqu'à l'usucapion accomplie ? Ces créances n'étaient pas susceptibles de possession, l'usucapant ne saurait être considéré les avoir acquises que comme faisant partie d'une *universitas juris*, de l'hérédité, c'est ce que nous déciderons ; les esclaves ont acquis pour l'hérédité jacente *quæ vicem domini sustinet* ; et leurs stipulations sont confirmées par l'usucapion comme elles l'eussent été par l'addition de l'héritier.

Mais un sénatus-consulte d'Adrien modifia profondément les effets de l'usucapion *pro herede*, désormais l'usucapant n'acquiert plus que la propriété des objets particuliers de l'hérédité qu'il a possédés : *tantum præscriptum quantum possessum* ; il acquerra donc par l'intermédiaire de l'esclave lorsqu'il l'aura ainsi acquis, mais il demeurera étranger aux créances anciennes de l'hérédité, et aussi à celles provenant des stipulations que l'esclave a pu faire avant l'expiration du temps requis pour l'usucapion ; car nous ne croyons pas que ce mode d'acquérir ait un effet rétroactif. Donc en tant

(1) *Comment.*, II, 52 et sq. de Gaius.

qu'*universitas juris*, l'*hereditas* est demeurée jacente et l'esclave a pu stipuler pour elle ; l'héritier qui peut toujours faire adition (1), y trouvera donc ces créances ; par cet acte il révoquera l'usucapion accomplie de l'esclave qui cessera de pouvoir stipuler pour le possesseur.

§ 7. — Du *servus captivi*.

La situation du *servus captivi* est en suspens comme celle du *servus hereditarius*. En effet de deux choses l'une : ou son maître recouvrera la liberté et en vertu du *jus postliminii* il sera censé ne l'avoir jamais perdue (2) : toutes les stipulations qu'avait pu faire l'esclave dans l'intervalle seront valables ; il n'importe dans quelle forme il ait stipulé, *nominatim domino vel impersonaliter* (3). *Quaecumque servi captivorum stipulantur, vel accipiunt, adquiri dominis intelliguntur, cum postliminio redierint* (4).

Si le maître décède *apud hostes*, par interprétation

(1) *Comment.* II de Gaius, n° 57.

(2) S'il a été racheté par un Romain qui connaissait sa condition antérieure d'homme libre (sinon il aurait sur lui les droits d'un possesseur de bonne foi) le *redemptor* n'a sur lui que *veluti naturalis pignoris vinculum* pour recouvrer son prix de rachat, mais *redemptio facultatem redeundi præbet, non jus postliminii mutat*. V. *Code*. I. 2, VIII, 51. *De postlim.* et *Dig.* L. 20, § 2, XLIX, 15, *de capt. et postl.* le *redemptus* acquerra pour lui-même et se créera ainsi des ressources pour indemniser son *redemptor*.

(3) L. 22, § 1, XLIX, 15. *De captiv. et postlim.* Cf. pour l'acceptilation : L. 11, § 2 XLVI, 4. *De accept.*

(4) Le texte ne fait aucune réserve, il semble bien toutefois qu'on doive décider que l'esclave du captif n'avait pu stipuler un droit d'usufruit : cela serait plus conforme au motif donné par Pothier pour expliquer cette solution relativement au *servus hereditarius*. V. pl. h. : la rétroactivité ne concerne pas les faits : L. 12, § 2. *de capt. et postl.* ; remarquons que cette loi décide que le *servus captivi* a pu acquérir la possession, mais il ajoute *peculiari nomine*, sur ce point la ressemblance avec le *servus hereditarius* est certaine. Enfin ces mots de la dernière partie du texte : *eadem omnia pertinere ad heredem*.... nous paraissent corroborer notre système.

de la loi Cornelia *de falsis*, il était réputé mort du jour même où il avait perdu la liberté. *Apparet ergo eadem omnia pertinere ad heredem ejus, quæ ipse, qui hostium potitus est, habiturus esset, si postliminio revertisset*. Ici très certainement le *servus captivi* qui est assimilé au *servus hereditarius* n'aura pu stipuler un usufruit ; ajoutons que l'esclave n'aura pu dans ce cas stipuler *nominatim captivo* ; car ce serait en réalité avoir stipulé *nominatim defuncto*.

Si personne n'accepte l'hérédité du captif, toutes les stipulations de l'esclave tombent (1).

Voici un ordre d'idées également commun au *servus captivi* et au *servus hereditarius* (2). Venuleius nous dit : *Si servus hereditarius stipulatus fuerit, et fidejussores acceperit, postea que adita fuerit hereditas, dubitatur, utrum ex die interpositæ stipulationis tempus cedat, an ex adita hereditate? idem si servus ejus qui apud hostes sit, fidejussores acceperit? et Cassius existimat, tempus in eo computandum ex quo agi cum eis potuerit: id est ex quo adeatur hereditas, aut postliminio dominus revertatur*.

Ce texte suspend la prescription au profit de l'héritier futur ou du captif ; par application de cette règle : *in primis exigendum est ut sit facultas agendi* (3).

Mais un autre texte de Javolenus (4) donne une solution diamétralement opposée : *Si servus hereditarius, aut ejus qui in hostium potestate sit, satis acce-*

(1) L. 73, § 1, XLV, 1, *De verb. obl.*

(2) L. 25, XLV, 3, *De stip. serv.*

(3) L. 1, XLIV, 3, *De div. temp. præsc.* — *Videamus quid sit experiundi potestatem habere. Et quidem in primis exigendum est ut sit facultas agendi, neque sufficit reo experiundi secum facere potestatem, vel habere eum qui se idonee defendat, nisi actor quoque nulla idonea causa impediatur experiiri. Proinde sive apud hostes sit... experiundi potestatem non habet.* Cf. L. 46, XXXV, 1, *De cond. et dem.*

(4) L. 4, XLIV, 3, *De div. temp. præsc.*

perit ; continuo dies satisfactionis cedere incipiet ; intueri enim debemus an experiundi potestas fuerit adversus eum qui obligatus est, non an is agere poterit, qui rem in obligatione deduxerit ; alioquin erit iniquissimum ex conditione actorum obligationes reorum extendi, per quos nihil factum erit quominus cum his agi possit. La contradiction entre les deux textes est formelle : le premier suspend la prescription, le second la fait courir immédiatement ; l'un énonçant l'opinion de Cassius, on aurait pu penser d'abord à un dissentiment entre les Sabinien (ou Cassien), et les Proculien ; mais cela n'est pas suffisamment indiqué ; et de plus Javolenus, l'auteur du deuxième texte, est lui aussi un Sabinien. Il vaut mieux croire que nous sommes en présence de deux hypothèses différentes :

Pothier et Cujas adoptent la conciliation que voici (1) : La loi de Venuleius vise le cas ordinaire de fidéjussion et se préoccupe de l'intérêt du créancier qui ne peut perdre son action avant qu'il ait pu commencer à l'exercer : tandis que Javolenus se préoccupe du cas où les fidéjusseurs ont entendu ne s'obliger que pendant un certain temps : il y a là un délai préfix qui commence à courir immédiatement ; quels que soient les événements qui empêchent le créancier d'agir, les fidéjusseurs qui n'ont rien fait pour empêcher que l'action ne fût exercée contre eux ne doivent pas en souffrir. C'est une interprétation de la volonté commune des parties.

Cette conciliation de textes est très simple et nous ne faisons pas de difficultés pour nous y rallier ; nous en indiquerons cependant un autre, celle de la Glose (2) qui offre un grand intérêt à cause de certaines notions

(1) Cujas, *Obs.* XVI, cap. 38. Pothier, *Pandect.*, ad tit. de div. temp. præsc. XLIV, § 3, n° 1.

(2) V. la Glose ad. l. 4, de div. temp. præsc.

touchant notre sujet qu'elle met en lumière : d'après Accurse il s'agirait dans la loi 4, *De div. temp. præsc.* de la *cautio sisti in judicio* reçue par un *servus hereditarius vel captivi*, et comme il importait que les défenseurs trouvassent facilement des fidéjusseurs, la législation romaine s'était montrée favorable à leur libération (1) : c'est pourquoi la prescription courra immédiatement à leur profit. — Une objection se présente aussitôt; elle se tire des textes nombreux qui interdisent à l'esclave l'accès de la justice (2). La réponse se tire d'autres textes qui supposent expressément l'exercice par l'esclave au nom de son maître absent, captif.... d'une action qualifiée : *actio momentaneæ* ou *momentariæ possessionis* (3), sorte d'interdit protecteur de la possession qui peut être exercé par toute personne : un texte dit formellement : *nec si servi sint, eorum rejiciant in jure personæ*.

En terminant, nous voulons indiquer la condition de l'esclave qui, fait prisonnier lui-même par l'ennemi, a été racheté par un Romain : *protinus est redimentis* (4), nous dit le jurisconsulte Tryphoninus, *quamvis scientis alienum fuisse*, mais l'ancien maître en recouvrera la propriété en offrant au *redemptor* le prix de la rançon; jusque là ce dernier acquerra par l'intermédiaire de l'esclave *ex omni causa*.

Enfin *si statuliber fuerit antequam ab hostibus caperetur, redemptus pendente conditione suam causam retinebit* (5); si la condition vient ensuite à se réaliser

(1) Code l. 27 in med. VIII, 41 de fidej.

(2) V. l'Appendice au chap. I sur le compromis.

(3) V. Système d'Ihering sur l'origine et le rôle des interdits possessoires, tome II, de l'Esprit du droit romain, p. 96, 97, 105, 106. V. Code, LL. 3, III, 6, qui legit. pers., 8, VIII, 4, unde vi, 1, VIII, 5. Si per vim et 11, III, 26, Ubi causæ fiscales.

(4) L. 12, § 7, De captiv. et postl. XLIX, 15.

(5) LL. 12, §§ 10 et 11, eod. tit.

il deviendra libre. *Quid ergo*, ajoute le texte, *si ita libertatem acceperat, si decem (millia) dederit. Quæsitum est unde dare debebit? quoniam et si concessum est statulibero de peculio dare hoc tamen quod apud hunc qui redemit habet, num quid vice illius sit quod apud hunc qui quæsiisset? Utique si ex re illius aut ex operis suis quæsitum est, ex alia autem causa parto peculio potest dare, ita ut conditioni benigne eum paruisse credamus (1).* L'esclave ne pourra pas offrir pour se racheter les biens qu'il détenait lorsqu'il était chez l'ennemi, et qui ont été acquis avec sa personne elle-même au *redemptor*, celui-ci a également un droit absolu sur ce qui provient *ex re sua vel ex operis servi*, mais l'esclave pourra lui offrir ses acquisitions provenant *aliunde* (2).

(1) Cf. L. 35, XL, 7, *de statulib.*

(2) Comparer avec situation de l'individu *in mancipio*. *Collat. leg. Mo-saic. et roman.* tit. II, cap. 3.

APPENDICE

DES STIPULATIONS DES FILS DE FAMILLE

Nous ne pouvons nous dispenser de traiter au moins brièvement des stipulations des fils de famille que les textes rapprochent si souvent des stipulations d'esclaves (1). *Adquirimus per eas personas quæ in nostra potestate sunt veluti per servos et filiosfamilias* (2). Le principe est donc le même : le fils de famille acquiert à son père.

(1) Pothier en traite sous la même rubrique. *Pandectes, ad tit. de stip, serv.* Article 1 : *De stipulatione servorum et filiorumfamilias.*

(2) *Institutes*, III, 28, *Per quas pers, nob. adq.* princ. *Dig. L. 38. § 17, LXV, 1, De verb. obl. Comment.* III de Gaïus, n° 163, ou nous lisons *Adquiri nobis per..... in nostra potestate, manu, mancipiove*, la situation des femmes *in manu* est la même que celle des fils de famille, sauf qu'elles ne peuvent avoir de pécule *castrans* ; quant à l'individu *in mancipio* il se rapproche plutôt de l'esclave : Gaïus, III, 114. — Pour notre ancien droit, V. Pothier. *Traité du domaine de propriété*, n° 255 qui constate que les principes romains ne sont nullement suivis en cette matière dans les pays coutumiers. « Droit de puissance paternelle n'a lieu, disait Loysel, » règle XXXVII. Ed. d'Eusèbe de Laurière, I, p. 58. — Dans les pays de droit écrit on s'inspirait des règles du dernier état du Droit romain relativement aux biens *adventices*. V. *Institutions du Droit français* de Claude Serres, p. 143 et sq. et *Pratique de Masuer*. Ed. de P. Guesnoy, p. 396 et 397, tit. XXVII. *Des associations.*

Mais il y a cette différence avec l'esclave, c'est que le fils de famille est une personne ; il n'a donc pas besoin d'emprunter la capacité de son père pour stipuler. S'il acquiert non pas pour lui-même mais pour le patrimoine de la famille, dont il est membre et en quelque sorte à titre de copropriétaire (1), c'est à cause du caractère d'unité juridique de la famille. — Du reste il convient de distinguer suivant que le fils de famille est ou non à la tête d'un pecule *castrans*.

§ I. — Du fils de famille qui n'a pas de pecule *castrans*.

C'est ici que s'applique dans toute sa portée le principe que nous venons de poser. Le fils de famille stipulant acquiert à son père la créance et l'action *ex stipulatu* (2) : et nous retrouvons ici une règle déjà relevée à propos de l'esclave : *in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus* : d'où *si filiusfamilias sub conditione stipulatus emancipatus fuerit, deinde extiterit conditio, patri actio competit* (3). Un autre texte ajoute : *etiam quod in emancipationis suæ tempus contulerit* ; mais ce même texte ajoute encore : *si tamen dolo malo id fecerit* (4) : nous n'insisterons pas sur ces notions qui sont identiques à ce que nous avons

(1) Gaius, III, 157.

(2) Le père exerçant l'action *ex stipulatu*, qu'il a acquise par l'intermédiaire de son fils, pourra se voir opposer une exception basée soit sur un dol soit sur un fait personnel à son fils. V. un exemple de ces exceptions *in factum* dans la loi 14, XLIV, 8. *De exc. et præsc.* le texte ne vise que le *pater*, mais la même décision doit être étendue au *dominus*, Pothier, *Pandectes, ad. tit. de ædilitio Edicto* XXI, 1, n° 81.

(3) L. 18. L. 17. *De div. reg. jur.* L. 40, XLV, 3. *De stip. serv.*

(4) L'authenticité de ces mots est contestée. V. *Th. de la condit.* de M. Bufnoir, p. 300.

vu décider pour l'esclave stipulant pour le temps où il serait affranchi ; mais nous devons indiquer quelques exceptions que les derniers mots du texte cité font pressentir. Pothier les paraphrase ainsi : *animo defraudandi patrem, et rarum est ut in tali conditione adjicienda alium animum habuisse videri possit.*

Quelques exemples cependant peuvent être cités, où le fils de famille devenu *sui juris* sera titulaire de droits acquis en vertu d'actes passés pendant qu'il était *in potestate* (1) : En dehors du cas de la *cautio* que le fils de famille légataire sous condition (2) pourrait exiger, de même que l'esclave, nous mentionnerons les trois hypothèses suivantes :

1^o Un fils de famille peut jouer le rôle d'*adstipulator* (3). Nous avons vu que cette stipulation accessoire s'analysait en un mandat qui, comme tel, est fait essentiellement *intuitu personæ* ; c'est pourquoi la créance ne peut être acquise au père : d'autre part *filiusfamilias suonomine nullam actionem habet* (4) ; il ne pourra donc l'exercer que lorsqu'il sera devenu *sui juris*, et ajoutons : sans avoir subi de *capitis deminutio* laquelle éteindrait le mandat ;

2^o Un fils de famille se proposant de faire un prêt d'argent à quelqu'un veut se ménager d'avance un

(1) V. L. 46, XXVIII, 5, *De hered. instit.*

(2) V. chap. I, sect. 3, *Des effets de la stipulation des esclaves*. Mais si le fils de famille reçoit un fidéicommiss sous cette condition *si in potestate esse desiisset* et que le fiduciaire soit précisément son *pater*, *cum multa in fraudem fideicommissi fieri probarentur*, l'empereur Adrien ordonna la restitution immédiate du fidéicommiss au fils : *nam quia cautiones non poterant interponi conservata patria potestate damnum conditionis propter fraudem inflixit*. L. 50, XXXVI, 1, *ad. S. C. Trebell.* — *adde.* L. 56, § 1, XLVI, 1, *De fidej.*

(3) *Comment.* de Gaius, III, 114.

(4) L. 9, XLIV, 7, *De obl. et act.*

fidéjusseur et stipule en ces termes (1) : *Quantam pecuniam Titio credidero fide tua esse jubes? et emancipatus credidit, patri non debebit fidejussor quia nec reus ei tenetur*. C'est une application de la règle que le fidéjusseur, débiteur accessoire, ne peut être tenu qu'envers le créancier de l'obligation principale.

Mais Paul ne nous dit pas si le fils, qui a fait le *mutuum* après son émancipation, jouira de la garantie de la fidéjussion. Papinien prévoyant exactement la même hypothèse, donne une solution plus complète (2) ; *filio vero humanitatis intuitu obnoxius esse debet (fidejussor)*. La décision est, en effet, de pure bienveillance, car d'après les principes les fidéjusseurs ne pouvaient être tenus qu'envers le père, sous la condition que la numération des deniers aurait lieu pendant qu'il avait son fils *in potestate* ; cette numération n'a eu lieu que plus tard, la condition est donc défaillie ; les fidéjusseurs auraient dû être déclarés libérés ; mais *utilitatis et humanitatis causâ*, le fils émancipé aura contre eux une action utile.

3° Un fils de famille a loué une maison avec cette clause *ut ejus periculo ædes essent* (3) ; menacé par la ruine d'un bâtiment voisin, il sera seul envoyé en possession de ce bâtiment, si la *cautio damni infecti* ne lui est pas fournie à lui-même.

En dehors de ces hypothèses et autres analogues (nous n'avons pas la prétention d'avoir fait une énumération limitative (4) il en est plusieurs où nous voyons le fils acquérir une action *ex stipulatu* non pas en

(1) L. 132, § 1, XLV, 1, De *verb. obl.*

(2) L. 47, § 1, XI.VI, 1, de *fidej.*

(3) L. 21, XXXIX, 2, de *dam. inf.*

(4) En dehors de la matière de la stipulation V. L. 12, § 6, XVII, 1, *mandati vel contra*.

vertu du contrat qu'il aurait fait lui-même, mais en vertu de celui que son père aurait fait à son profit : ceci a trait bien plutôt à la théorie des stipulations pour autrui (4).

Revenant au principe de l'acquisition au profit du père nous voyons que le fils de famille, à la différence de l'esclave peut faire un compromis obligatoire au profit et à l'encontre du père ; en effet, en ce qui concernait l'esclave, l'obstacle provenait de ce que, si la sentence était défavorable au *dominus*, l'adversaire ne pouvait agir contre lui *ex stipulatu*, pas plus qu'il n'aurait pu agir contre lui *ex judicato*, or le fils de famille a qualité pour figurer en justice sinon comme demandeur du moins comme défendeur, et l'*actio judicati* sera exécutoire contre le *pater de peculio* ; le *compromissum* sera donc *plenum*.

Il est inutile de dire que le fils de famille peut faire une stipulation corréale, recevoir un fidéjusseur ou une acceptilation au profit de son *pater* ; quant à la *novation* il faudra qu'il ait reçu de son père expressément ou tacitement le droit de disposer de la créance. Poursuivant la comparaison avec l'esclave, quant aux situations diverses dans lesquelles l'un et l'autre peuvent se trouver, nous constatons ceci : il n'y a rien d'analogue au cas du *servus communis* ; plusieurs personnes ne pouvant avoir la puissance paternelle sur l'enfant ; notamment le fils ne peut stipuler pour sa mère à moins qu'elle ne soit *in manu mariti* mais alors sa personnalité est absorbée dans celle du *pater*, — il n'y a pas non plus de *filiusfamilias fructuarius vel usufructuarius* : un fils de famille peut être possédé de

(4) V. Digeste, L. 39. *de verb. obl.* XLV, 1. — LL. 7. *in med. pact. dotal*, et 9, *eod. tit.* L. 45, XXIV, 3, *solutio matrimonio* et au Code. L. 19, V, 12. *de jure dotium* et L. 4, V, 14 *de pact. conv. tam. sup. dot.*

bonne foi comme esclave ; il acquerra *ex re ejus et ex operis suis* pour le possesseur, *aliunde* pour son *paterfamilias* ; — la question pourrait se poser de savoir quelle serait la situation d'un individu qui serait considéré et traité par quelqu'un comme son fils de famille, alors qu'en réalité il lui serait étranger. Deux textes prévoient cette situation : Hermogénien donne d'abord la solution (1) : *Per eum, quem justo ductus errore filium meum et in mea potestate esse existimo, neque possessio, neque dominium, nec quicquam aliud ex re mea mihi quæritur.* — Marcien plus complet pose une hypothèse et donne la même solution en la motivant ainsi qu'il suit (2) : *Ibi* (en ce qui concerne la possession de bonne foi d'un homme libre) *propter assiduam et cottidianam comparisonem servorum ita constitui publice interfuit. Nam frequenter ignorantia liberos emimus; non autem tam facilis, frequens, adoptio vel adrogatio filiorum est.*

Enfin à défaut de *filiusfamilias hereditarius* il peut y avoir un *filiusfamilias captivi*. — Si le père revient, toutes les stipulations du fils de famille sont traitées comme celles du *servus captivi*. Si le père meurt *apud hostes*, le fils de famille est réputé avoir été *sui juris* dès le jour où son père est tombé en captivité, il a donc pu stipuler pour lui-même et la stipulation se réalise à son profit ; s'il avait stipulé *patri*, la stipulation serait annulée, et ne pourrait profiter à l'hérité et par suite à l'héritier *quia nec tunc fuit in potestate cum stipularetur, nec postea deprehenditur ut servus in hereditatem* (3) ; c'est une différence avec l'esclave qui a pu

(1) L. 50, princ. XLI, 2, *De adj. vel am poss.*

(2) L. 44, princ. XLI, 3. *De usurp. et usucap.*

(3) L. 18, § 2, XLV, 3, *De stip. serv.*

stipuler *hereditati* ou même *domini sui heredi futuro* (1).

Si le fils de famille qui a stipulé meurt avant son père, lequel décède ensuite *apud hostes*, l'acquisition est réputée s'être opérée au profit du fils, que l'on considère comme étant mort *sui juris* : par conséquent elle sera comprise dans sa propre hérédité, non dans celle de son père (2).

§ 2. — Du fils de famille ayant un pécule castrans.

Ici la règle est tout autre que celle que nous avons énoncée précédemment, car *filiifamilias in castrensi peculio vice patrumfamiliarum funguntur* (3) : ils acquerront donc pour eux-mêmes toutes les fois que la stipulation se rattachera à la gestion de ce pécule, ou qu'elle aura pour objet une donation *militiæ causa* (4). — Nous ne citerons que la conséquence peut-être la plus remarquable : le fils pourra *ex causa peculii castrensis*, mais seulement dans ce cas, stipuler de son père lui-même (5) : il s'ensuit qu'entre le père et le fils il n'y a jamais de donation entre-vifs obligatoire. Si le père promet 100 à son fils *animo donandi* il ne pourra être poursuivi par lui, et s'il lui livre les 100, ce ne

(1) Quant au fils il n'importe qu'il ait stipulé *patri, vel Titio patri*, dans les deux cas il a stipulé *nominatim defuncto* ; et sa stipulation est annulée comme celle du *servus captivi* qui aurait stipulé *nominatim defuncto vel heredi futuro*.

(2) L. 22, § 2, XLIX, 15, *De capt. et postl.* selon l'observation d'Accurse, approuvée par Cujas et Pothier, *Pandectes ad. h. tit.* n° 41, il convient d'ajouter une négation et de lire : *nec si vivo patre decesserit, ad heredem patris pertinebit.* adde. L. 9, *in fine*, XLIX, 17, *De castrensi peculio*, et L. 15, XXXVIII, 16, *De suis et legit.*

(3) L. 2, XIV, 6, *De S. C. Macep.* Cf. *Code.* L. 7, § 1, IV, 28, *De S. C. Maced.*

(4) L. 11, XLIX, 17, *De castr. pecul.*

(5) L. 15, § 1, *De castr. pecul.*

sera jamais qu'une concession de pécule profectice (1), donc essentiellement révocable, et sans que la part de cet enfant dans la succession du père en soit accrue à moins d'une disposition testamentaire spéciale. — Les empereurs du III^e siècle, puis Justinien modifièrent gravement la législation en cette matière, mais on peut affirmer, croyons-nous, que jamais le père ne put être poursuivi de son vivant par son fils réclamant l'exécution d'une donation (2).

Nous rentrerons pleinement dans le sujet de notre étude en nous préoccupant des stipulations faites par un esclave compris dans un pécule *castrans*. Papinien (3) nous dit que cet esclave stipulant soit d'un *extraneus*, soit même du *pater*, ce qui est plus remarquable, acquerra au fils *sine distinctione causarum* ; il lui acquerra donc dans des cas où le fils stipulant en personne n'eût pu acquérir pour lui-même, et Papinien en donne ce motif : *non enim ut filius duplex jus sustinet, patris et filiifamilias, ilu servus, qui peculii castrensis est, quique nullo jure, quamdiu filius vivit, patri subiectus est, aliquid adquirere simpliciter stipulando patri potest* ce qui veut dire que le fils est à la fois père de famille en ce qui concerne son pécule *castrans* et fils de famille *aliunde*. Le *servus qui peculii castrensis est* au contraire est réputé n'appartenir qu'au fils (4) ; or un propriétaire acquiert par l'intermédiaire de son esclave *ex quacumque causa*.

Nous devons envisager la situation du *peculium cas-*

(1) *Fragm. Vatic.* nos 294 et 296.

(2) *Sent. de Paul*, V, 11, 3, et *Fragm. Vatic.* nos 274, 281, *Code de Justinien*, L. 2, III, 29, *De inof. don.* et L. 25, V, 16, *De don. int. vir.*, et *ux.* — V. pour notre ancien droit *Institutions du droit français de Claude Serres*, p. 128.

(3) L. 15, § 3, *De castr. pecul.*

(4) Remarquons toutefois les expressions : *simpliciter stipulando*, il semblerait que l'esclave pût stipuler *nominatim* pour le *pater*..

trense, après la mort du fils. On sait que jusqu'à Hadrien le fils de famille quoique réputé plein propriétaire de son *peculium castrense* ne pouvait cependant en disposer par testament; c'est que la *factio testamenti*, ainsi que nous avons déjà eu l'occasion de le dire, est *potius publici quam privati juris*, c'est une concession de l'autorité publique: Hadrien la leur accorda (1).

Deux hypothèses peuvent se présenter :

1^o Le fils de famille est mort *intestat* : *bona ejus non quasi hereditas sed quasi peculium patri deferuntur*, nous dit Ulpien (2). Le père est réputé avoir toujours été propriétaire de ces biens, sans aucune manifestation de volonté de sa part; les stipulations que l'esclave aurait faites du vivant du fils *nominatim patri* se trouveraient validées, si cela était nécessaire ;

2^o Le fils de famille a fait un testament et institué un *extraneus*, c'est-à-dire un autre que son père: pendant que l'héritier délibère, le pécule est-il dans la situation d'une *hereditas jacens*? Il y eut controverse sur ce point entre les jurisconsultes romains: Ulpien semble bien admettre l'affirmative: *Si autem testamento facto*, dit-il, *hic pro hereditate habetur castrense peculium*(3).

Papinien professe une opinion opposée, et, statuant sur le cas où un esclave qui était commun au fils de famille décédé et à un tiers a stipulé après la mort du fils, il décide (4) que *socio qui solus interim dominus invenitur, tota stipulatio quaeretur*; et il en donne ce motif :

(1) *Institut.*, II, 11, § 6, *De test. mil.*

(2) L. 2, *De cast. pecul.* et L. 10, XXXVIII, 17, *ad. S. G. Tertull.*

(3) L. 2, *De castr. Pecul.* Cf. Tryphoninus. L. 19, § 5, *cod. tit. cum medium tempus, quo deliberant instituti heredes, imaginem successionis praestiterit.*

(4) L. 18 *princ.* XLV, 3. *De stip serv.* — Cf. L. 18, de Paul *princ.* XXXV, 2, *ad leg. Falcid.*

quoniam partem non facit hereditas ejus quæ nondum est : non enim si quis heredem existere filiofamilias dixerit statim et hereditatem ejus jam esse consequens erit ; cum leneficium principalium constitutionum in eo loco habet, ut filiusfamilias de peculio testari possit : quod privilegium cessat priusquam testamentum aditione fuerit confirmatum. Le système de Papinien est celui-ci : Sans doute le fils de famille a pu tester ; mais pour que le testament donne vie à son *hereditas*, il faut que l'héritier institué ait donné vie au testament lui-même en faisant adition ; *interim* l'esclave ne pouvait acquérir qu'au co-propriétaire, celui-ci recueillera tout le bénéfice de la stipulation par application des principes connus sur la stipulation d'un *servus communis* (1).

D'ailleurs Papinien admet l'effet rétroactif de l'adition d'hérédité (2) : *quod ad scriptos heredes in suspenso fuisse stipulatio intelligatur, ut enim hereditarius fuisse credatur post aditam sit hereditatem.*

Si au contraire l'institué répudie l'hérédité, Papinien n'admet pas la rétroactivité au profit du père à qui le pécule revient alors : en conséquence il annule les stipulations de l'esclave faites pendant que l'héritier délibérait ; *cum in illo tempore non fuerit servus patris.* Ce pécule a donc été *res nullius*, et l'esclave a été *servus sine domino* ; il faut reconnaître qu'il eût été plus raisonnable de décider que, le testament tombant par suite de la répudiation de l'héritier, le père se trouvait dans la même situation que s'il n'y avait pas eu de testament, c'est-à-dire qu'il recueillait les biens *jure peculii* et était censé en avoir toujours été propriétaire.

Quoi qu'il en soit, la dernière phrase de notre texte semble marquer un revirement dans l'esprit de Papi-

(1) L. 1, § 4, XLV, 3, de *stip. serv.*

(2) L. 14, § 1, De *castr. pecul.*

nien : *sed paterna verecundia nos movet*, dit-il, *quatenus et in illa specie ubi jure pristino apud patrem peculium remanet et adquisitio stipulationis per servum fiat* ; mais on considère généralement que cette phrase a été interpolée par les commissaires de Justinien : on y relève en effet des expressions de latinité médiocre surtout pour un texte de Papinien : *quatenus* pris dans le sens de *ut* : à ce point, en ce sens que, au lieu de son sens habituel : jusqu'à concurrence de : *adquisitio stipulationis* (1) : enfin le motif même allégué de cette nouvelle décision : *paterna verecundia* (2) ; ordinairement les textes parlent de la *verecundia* que les enfants et les affranchis doivent observer envers leurs parents ou leurs patrons, ici il s'agirait de la *verecundia* du législateur pour ces mêmes personnes.

Cujas et Pothier croient à une addition d'Ulpien et de Paul, les annotateurs de Papinien. On sait en effet que Justinien permit à ses commissaires de puiser dans ces notes à qui la loi des citations avait refusé toute autorité *propter honorem splendidissimi Papiniani* (3), or Ulpien déclarant suivre l'opinion de Marcellus et de Scaevola disait : *si quidem adeatur hereditas, omnia ut in hereditario servo; si adita non sit, ut in proprio patris*

(1) Toutefois cette expression se rencontre dans plusieurs autres textes : LL. 18, 7 princ. XXVI, 8, de auct. et cons. tut. LL. 8 princ et § 3, De stip. serv. 25, § 2, VII, 1 de usuf.

(2) Cujas commente ainsi cette expression : *erubescimus contra has personas pronuntiare quoties de eorum jure agitur, etiam si contra eas pronuntiare jus velit... observantia quædam quæ eis debetur et exhiberi debet ab omnibus, quoties de earum jure disceptatur : quæ ratio efficit sæpe, ut quod jure non debetur patri vel matri, ei tamen concedatur, indulgeatur et commodetur*. V. Cujas ad h. l. Papiniani in lib. XXVII Quaestionum. Pothier, Pandectes, ad. tit. de adq. rer. dom, XLI, I, n° 75.

(3) Voir première préface du Digeste *De conceptione Digestorum ad Tribonianum*, § 6.

(4) L. 33, princ. XLI, 1 de adq. rer. dom.

esse spectanda (1). — Sous Justinien, sauf une controverse que nous n'avons pas à examiner, le *peculium castrense* donne lieu à une véritable dévolution *ab intestat*; l'esclave qui en fait partie sera donc complètement assimilé à un *servus hereditarius*.

(1) La controverse célèbre sur les mots *jure communi* du princ. II, 12 aux *Institutes*, quib. non est perm. fac. testam.

DROIT FRANÇAIS

DE L'ABSENCE

RELATIVEMENT AU MARIAGE

ET AUX EFFETS DU MARIAGE

INTRODUCTION

L'absence est un de ces mots que la science juridique a empruntés au langage vulgaire et qu'elle a faits siens en leur donnant une définition qui leur est propre. — Aux yeux du monde, un homme est absent lorsqu'il ne se trouve pas actuellement au lieu de son domicile ou de sa résidence habituelle. Suivant les cas, on dira de lui qu'il est en déplacement, ou en voyage ; parfois même, pour certaines catégories d'individus, tel sera le mode ordinaire de leur existence, il suffit de citer les marchands forains.

A cette situation, qu'il qualifie de *non présence*, le droit civil n'attache qu'un simple intérêt de procédure (art. 819, 838, 1031, C. civ.) ; en droit criminel les con-

séquences peuvent être plus graves, c'est la *contumace* (art. 465 et sq., C. Inst. cr.). — L'*absent*, au contraire, c'est l'individu qui a disparu du lieu de son domicile ou de sa résidence habituelle et dont l'existence est devenue incertaine par suite du défaut de nouvelles. Ainsi envisagée, l'absence apparaît comme une modification profonde de l'état et de la capacité juridique de la personne. — De graves questions surgissent aussitôt : cet homme doit-il être réputé mort ? doit-il à l'inverse être présumé vivant ?

Par définition, la preuve de son décès, ni celle de son existence ne peuvent être fournies : Cependant les intérêts en suspens de l'absent, ceux-mêmes de la société appelaient l'intervention du législateur ; de là le titre IV, liv. I du Code civil.

Notre dessein n'est pas de traiter dans son ensemble la matière de l'absence ; une telle étude serait beaucoup trop vaste ; désireux de spécialiser notre travail, condition essentielle permettant d'approfondir un sujet, nous avons choisi l'hypothèse où l'absent était marié ; c'est alors que les intérêts les plus dignes de protection et en même temps les plus variés se trouvent en jeu. En effet, l'absence, avons-nous dit, est une modification de l'état de la personne, et suspend ses droits : — Quelles en sont les conséquences relativement au mariage de l'absent ? La question est très complexe ; le mariage crée entre les époux des relations personnelles et pécuniaires dont la réglementation constitue une partie très notable de nos lois civiles. Il ne s'agit plus seulement de pourvoir à l'administration des biens que l'absent a laissés à l'abandon, et de donner satisfaction aux intérêts légitimes de ses héritiers réclamant après un temps plus ou moins long l'ouverture de sa succession ; le législateur s'est trouvé

en face du conjoint de l'absent : il est manifeste que toute décision prise à l'égard de l'un des époux agit par contre-coup à l'égard de l'autre, cela résulte de l'étroitesse des rapports qui naissent du mariage. — L'absence prolongée sera-t-elle une cause de dissolution du mariage ? L'époux présent pourra-t-il au bout d'un certain temps contracter un nouveau mariage ? — ou au contraire sera-t-il condamné à un veuvage perpétuel ?

D'un autre côté ne pourra-t-il pas arriver qu'en fait l'époux présent ait contracté soit de bonne soit de mauvaise foi une union nouvelle ? — Ce second mariage pourra-t-il être attaqué, et sous quelles conditions ? — Si le législateur a cru devoir interdire le convol à l'époux qui ne justifie pas de la mort de son conjoint absent, n'aura-t-il pas eu cependant à se préoccuper des conséquences résultant de l'incertitude sur l'existence de l'un des époux relativement aux effets du mariage : par exemple à l'incapacité de la femme mariée, à la légitimité des enfants nés pendant l'absence du mari ? — enfin les intérêts pécuniaires des époux demandent une réglementation. — Tel est le tableau des principales conséquences de l'absence d'une personne mariée ; telles sont les questions que nous allons successivement étudier.

Notre étude se trouve tout naturellement divisée en deux grandes parties :

I. — De l'absence relativement au lien du mariage.

II. — De l'absence relativement aux effets du mariage.

PREMIÈRE PARTIE

DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AU MARIAGE

Relativement au mariage la question se pose immédiatement de savoir si l'absence est une cause de dissolution de l'union conjugale ?

Si nous nous bornions à chercher la réponse dans les textes du Code civil, il semblerait que notre tâche dût être bien vite accomplie, mais en réalité la question, à raison des difficultés connexes, qui s'y rattachent intimement soit au point de vue du droit positif, soit au point de vue de l'appréciation des textes législatifs, la question, disons-nous, est beaucoup moins simple qu'elle ne le paraît tout d'abord. — Mais notre premier soin doit être d'en retracer aussi exactement que possible les préliminaires historiques en Droit romain, dans notre ancien Droit français (1), enfin sous l'empire des textes législatifs qui ont régi cette période de notre histoire que l'on est convenu d'appeler l'époque intermédiaire.

(1) V. dans la *Revue historique* un article de M. Villequez, année 1856, p. 109, et dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, *Étude sur les seconds mariages*, année 1880, p. 201 par M. Prosper Schæffer.

HISTORIQUE

A. — Droit romain.

Que nous ne trouvions pas chez les Romains de théorie générale de l'absence, c'est ce qui ne doit surprendre personne ; de tout temps on a remarqué que leurs jurisconsultes avaient l'esprit analytique au plus haut degré, mais nullement synthétique. C'est à l'interprète à dégager les principes des textes qui en fournissent les applications. Or en notre matière les textes eux-mêmes font défaut du moins jusqu'à une époque très avancée ; ce qui tendrait à prouver que les faits d'absence au sens technique du mot, devaient être fort rares dans la société romaine (1) : Nous ne connaissons que deux textes de l'époque classique se référant à notre sujet :

Le premier vise l'hypothèse d'une femme qui s'est remariée pendant l'absence de son mari (2) : puis celui-ci revient. Papinien décide qu'il faut distinguer : si la

(1) Comp. les réflexions en sens divers que font à ce sujet MM. Duranton, I, p. 292 et De Plasman, *Code et Traité des absents*, 1, p. 3. Des textes nombreux au contraire parlent d'*absentes Reipublicæ causa*, mais ils ne supposent nullement l'incertitude sur l'existence. V. cependant, mais en dehors de notre sujet, les LL. 10 et 11. XXIII, 2 *De ritu nuptiarum*.

(2) L. 11, § 12, *Dig.*, XLVIII, 5. *Ad. Leg. Jul. de adult.* : *Mulier, cum absentem virum audisset vita defunctum esse, alii se junxerit: mox maritus reversus est : Quæro quid adversus eam mulierem statuendum sit ? Respondi tam juris, quam facti, quæstionem moveri. Nam, si longo tempore transacto sine ullius stupri probatione falsis rumoribus inducta, quasi soluta priore vinculo, legitimis secundis nuptiis juncta est : quod verisimile est deceptam eam fuisse, nihil vindicta dignum videri potest : quod si ficta mariti mors argumentum faciendis nuptiis probabitur præstitisse, cum hoc facto pudicitia laboretur, vindicare debet pro admissi criminis qualitate.* V. sur ce texte, Cujas, *in lib. sing. Papiniani de adult.*, tome IV, col. 1502. — Boucheul. *Coutumes du Poitou*, I, p. 710.

femme s'est remariée après avoir attendu son mari très longtemps, et que trompée par de faux bruits elle se soit crue veuve, elle ne mérite aucun châtiment, elle n'a pas commis de *stuprum* ; si au contraire il est prouvé que cette femme a fait passer son mari pour mort par des manœuvres dolosives, elle tombera sous le coup de la loi *Julia de adulteriis*. Il résulte de ce texte que chez les Romains la bigamie ne constituait pas un crime spécial ; ce n'était qu'une forme de l'adultère du *stuprum* (1)

Mais dans le cas où le second mariage avait été contracté de bonne foi l'absent de retour pouvait-il reprendre sa femme ? Le texte ne le décide pas ; cependant nous serions portés à admettre l'affirmative : L'absence prolongée ne dissolvait donc pas le mariage. — Le deuxième texte annoncé figure au Digeste sous le nom du jurisconsulte Julien (2) : il est ainsi conçu : *Uxores eorum qui in hostium potestatem pervenerunt, possunt videri nuptiarum locum retinere eo solo quod alii temere nubere non possunt. Et generaliter definiendum est, donec certum est maritum vivere in captivitate constitutum, nullam habere licentiam uxores eorum migrare ad aliud matrimonium, nisi mallent ipsæ mulieres causam repudii præstare; sin autem in incerto est an vivus apud hostes teneatur, vel morte præventus, tunc si quinquennium a tempore captivitatis excesserit, licentiam habet mulier ad alias migrare nuptias : ita tamen ut bona gratia dissolutum videatur pristinum matrimonium, et unusquisque suum jus habeat immutatum. Eodem jure et in marito in civitate degente et uxore captiva observando.*

(1) V. *Mélanges d'histoire du droit et de critique*. Droit romain; A. Esmein, 1886, p. 94.

(2) L. 6, XXIV, 2 *De divort. et repud.*

Nous avons tenu à citer ce texte intégralement afin que l'on puisse se rendre compte de l'accusation d'interpolation que Cujas tente à son sujet contre les compilateurs du Digeste : il fait ressortir la latinité médiocre de ce fragment, notamment de la phrase commençant par ces mots : *et generaliter definiendum est... migrare ad aliud matrimonium*, expressions *quæ plane redoleant stylium Triboniani*. Cujas rapproche cette loi 6, *De divort.* de la loi 45, § 6, *de ritu nuptiarum*, où Ulpien rapporte une opinion de Julien d'après laquelle l'affranchie qui a épousé son patron ne peut se remarier pendant la captivité de celui-ci (1).

Tribonien aurait substitué *uxores eorum* à *uxores patronorum* dans la loi 6, *De divortiis*.

L'interpolation nous paraît très probable (2) ; en effet le principe est posé de la façon la plus formelle par Paul, dans la loi 1, au titre *De divortiis et repudiis* ; en ces termes (3) : *Dirimitur matrimonium divortio, morte, captivitate.....*

L'opinion commune est que la perte pour le captif de son *status libertatis* et de son *status civitatis* est la cause directe et immédiate de dissolution du mariage sans qu'on ait à se préoccuper de son existence ou de sa mort.

C'est d'ailleurs une déduction logique de cette idée que les mêmes conditions exigées pour la formation du

(1) Cujas, *in lib.*, 62, *Dig. Salv. Jul.* ad. L. 6, *De divort.*, VI, col. 443 et 444. Cf. Accarias, *Précis de Droit romain*, I, n° 97. — Cf. Gluck, *Pandekten*, p. 92 et p. 223-225, — *contra*, Bruns, *Die Verschollenheit*, article paru dans le *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, von E. I. Bekker und Th. Møller, Leipzig, 1857, 1 vol. 1 fascicule, p. 104.

(2) V. Accarias, *op. et loc. cit.*

(3) L. 1, XXIV, 2, *De divort. et repud.* Cf. LL. 10, princ. et 56, XXIV, 3, *Solutio matrim.* L. 12, § 4, XLIX, 15, *De captiv. et postlim. Captivi uxor, tametsi maxime velit, non tamen in matrimonio est.*

mariage sont également acquises pour son maintien (1), si le captif revient sur le territoire romain, le *jus postliminii* ne fait pas revivre son mariage une fois dissous (2) : il ne lui permet pas d'attaquer le second mariage de son conjoint, mais si ce dernier est demeuré libre, et refuse sans motifs plausibles de renouer le lien du mariage, il subira les peines du divorce (3). Le Droit romain de l'époque classique nous fournit donc ces deux solutions :

1° L'absence quelque prolongée qu'elle soit ne dissout pas le mariage ;

2° La captivité indépendamment de toute incertitude sur l'existence du captif dissout immédiatement le mariage.

Au Bas-Empire nous trouvons des constitutions plus précises. — Toutes statuent sur l'hypothèse assurément la plus pratique de la disparition d'un militaire : nous remarquons aussi qu'elles distinguent suivant que ce militaire a été fait captif ou que son sort est inconnu : — Constantin, en l'année 337 (4) décide que la femme d'un militaire qui n'a pas eu de nouvelles de son mari pendant quatre ans peut procéder à un nouveau mariage sans encourir les peines du divorce ; en effet c'est au point de vue de la dissolution du mariage par le divorce que se place l'empereur : *libello Ducem super (hoc suo) voto convenit* ; la femme enverra au chef, sous les ordres duquel servait son mari, *le libellum repudii* ; cependant il s'agit uniquement de l'incerti-

(1) Cf. L. 25, *de captiv. et postl.* et l. 12, § 4 *eod. tit.* Julien avait cru devoir déroger à ce principe *propter patroni reverentiam*. L. 45, § 6, XXIII, *De ritu nuptiarum*.

(2) V, l. 14, § 1, *De captiv. Non ut pater filium, ita uxorem jure postliminii recipit sed consensu redintegratur matrimonium*.

(3) L. 8. *De captiv. et postlim.*

(4) Code L. 7, V. 47, *de repud.*

tude sur l'existence sans y mêler rien d'injurieux pour la femme : *nullum sospitatis ejus potuit habere indicium*.

Si le chef de la troupe dont faisait partie son mari ne peut pas lui certifier l'existence de ce dernier la femme pourra se remarier pourvu qu'elle le fasse publiquement.

Justinien dans la Nouvelle 22 (1), en l'année 540, déclare reproduire les termes de la décision de Constantin ; il les modifie cependant un peu : ainsi il ne parle pas de l'incertitude sur l'existence du militaire, mais de son silence prolongé, il semblerait qu'il s'agit de l'abandon plutôt que de l'absence ; nous y lisons en effet ces mots : *si quis in expeditione fuerit, et tacuerit ad uxorem... et nullum ei fiat ab illo signum ejus circa eam affectus* (2).

Justinien remplace le délai de quatre ans qu'il trouve insuffisant, *actibus enim bellicis occupato marito, uxoris privationem inferre non minor est poena quam ab hostibus capi*, par un délai de dix ans ; il recommande à la femme *ut haec importuna quidem sit viro mittens litteras, aut per aliquos verbis utens ad eum : ille vero aut aperte renuat nuptias ejus, aut absolute conticeat* (on semble donc le supposer vivant), puis comme précédemment la femme doit adresser le *libellum repudii* à ses chefs ; enfin dit Justinien : *tunc licentiam damus et preces porrigere Imperatori et inde hoc promereri* ; tel est dans la législation de la Nouvelle XXII le cinquième cas de divorce *bonâ gratiâ vel per occasionem rationabilem*. (3)

Dans cette même nouvelle, Justinien statue sur l'hypo-

(1) Nouvelle XXII, cap. 14.

(2) συμβολον της περι αυτην διαθεσεως. V. Bruns, *Die Verschollenheit*, op. et loc. cit.

(3) Nouvelle XXII, cap. 4.

thèse de la captivité, critique la décision d'après laquelle le mariage était immédiatement dissous et déclare que *donec quidem est manifestum superesse aut virum aut uxorem, manere insoluta matrimonia sinimus* (1). Il ajoute que si l'incertitude sur l'existence vient se joindre au fait de la captivité, l'époux présent pourra se remarier après un délai de cinq ans ; dans ce cas il n'y a pas lieu d'envoyer de *libellum repudii*. C'est un nouveau cas de divorce *bona gratia*.

Ces deux décisions de la Novelle XXII furent abrogées : la première par Justinien lui-même dans la Novelle CXVII, cap. 11, la seconde par l'empereur Léon dans la Novelle XXXIII qui décida que le cas de captivité serait réglé par la Novelle CXVII, cap. 11 ; nous devons donc en faire connaître les dispositions.

Désormais la femme ne peut plus se remarier, quelque longue qu'ait été l'absence, à moins de fournir la preuve de la mort de son mari (2) ; preuve qui ne peut résulter que du serment prêté par le *chartularius* (sorte d'archiviste) ou le *tribunus* de la troupe, sur les saints Évangiles, que son mari est effectivement mort ; des peines sévères sont édictées contre les officiers parjurés et contre la femme ainsi que le second mari qui n'auraient point observé ces dispositions.

Mais le second mariage régulièrement contracté, dans le cas où le premier mari reviendrait, semble bien ne pouvoir être attaqué que par lui : voici en effet ce que

(1) Novelle XXII, cap. 7.

(2) Après cette preuve fournie elle doit encore attendre un an avant de se remarier : ce délai semble avoir pour but de corroborer la preuve du décès, plutôt qu'il ne serait un véritable *tempus lugendi*. V. L. 8, III, 2, *Dig., de his qui not. infamia* au point de vue des vêtements de deuil.

De l'ensemble des dispositions de cette Novelle, il résulte que le second mariage devait être annulé sur le seul prétexte de l'incertitude sur la mort du premier mari ; notre ancien droit se départit de cette rigueur. V. Merlin, *Questions de droit*, V^e Mariage, § VIII.

nous lisons dans la Novelle CXVII : *Ipse vero licentiam habeat, si voluerit, suam uxorem recipere* (1); de même dans la Novelle XXXIII qui en étend l'application et l'interprète : *Si quum altera pars in captivitate sit, altera, quæ a captivitate libera mansit, ad alterius conjugium respexerit ; postliminio vero revertatur quæ in captivitate detenta fuit : ut illi, si velit, suum membrum recipiendi facultas sit.*

Revenant à l'exigence de la Novelle CXVII, relativement à la preuve du décès de l'absent, nous citerons la critique qu'en fait Montesquieu (2) dans l'esprit des lois. « Les lois religieuses ont plus de sublimité : les lois civiles ont plus d'étendue. Justinien avait en vue l'indissolubilité du mariage, mais on peut dire qu'il l'avait trop en vue ; il demandait une preuve positive lorsqu'une preuve négative suffisait ; il exigeait une chose très difficile, de rendre compte de la destinée d'un homme éloigné et exposé à tant d'accidents ; il présumait un crime, c'est-à-dire la désertion du mari, lorsqu'il était si naturel de le présumer mort. Il choquait le bien public en laissant une femme sans mariage ; il choquait l'intérêt particulier en l'exposant à mille dangers. »

Quant à l'absence comme cause de divorce, en tant que se présentant sous la forme d'abandon injurieux, peu importait évidemment qu'il vint s'y joindre la circonstance de l'incertitude sur l'existence, la législation du divorce devait s'appliquer et nous n'avons pas à y insister autrement.

(1) V. Leyser, *meditat ad Digesta, specimen XCV medit.* 27. tome II, p. 331.

(2) *Esprit des lois*, liv. XXVI, chap. 9. *Que les choses qui doivent être réglées par les principes du droit civil peuvent rarement l'être par les principes des lois de la religion.*

B. — Ancien Droit français.

Bretonnier (1) parlant de l'absence s'exprime ainsi :
« Il n'y a pas de matière qui ait plus besoin d'un règlement que celle-ci, et pour plusieurs raisons :

1^o Parce que le Droit romain n'a presque pas de décisions en cette matière.

2^o Parce que depuis quelques années la guerre et la religion (2) font sortir du royaume un nombre infini de personnes, et on ne sait ce qu'elles deviennent.

3^o La jurisprudence sur ces questions est fort incertaine et très différente dans les tribunaux. »

Ces paroles empruntées à l'un de nos vieux auteurs ont peut être, ainsi que nous le verrons ultérieurement, un trait plus direct aux effets de l'absence relativement aux biens ; néanmoins elles reflètent exactement la physionomie de notre ancien droit dans toute la matière de l'absence. Nous ne nous occupons en ce moment que des effets de l'absence relativement au lien du mariage. Or sur ce point, comme d'ailleurs sur tout ce qui concernait l'état des personnes, les coutumes étaient pour ainsi dire muettes : le mariage était régi par le droit canonique ; mais il s'en faut de beaucoup que la doctrine de l'Église sur le point spécial qui nous occupe ait toujours été claire et bien complète. — Nous examinerons rapidement les deux questions suivantes :

1^o L'absence était-elle une cause de dissolution du mariage ?

2^o En supposant qu'un second mariage ait été contracté par l'époux présent, qu'advenait-il de ce mariage, soit pendant que l'absence du premier époux

(1) *Questions de Droit*. V^o Absence.

(2) Allusion à la révocation de l'édit de Nantes en 1685. Bretonnier né en 1656, ne fit paraître cet ouvrage qu'en 1718.

durait encore, soit lors de la cessation de l'absence, par la réception de nouvelles de l'absent, ou par son retour?

La réponse à la première question est fort simple : L'Église catholique n'admettait en aucun cas le divorce (1) : seule la mort naturelle de l'un des époux entraînait la dissolution du mariage : L'absence indéfiniment prolongée laissait donc subsister l'union conjugale.

C'est ce que prennent soin de décider de nombreux textes de droit canonique (2) : tous évidemment réservent la preuve que l'époux présent est admis à faire de la mort de son conjoint disparu. — C'est alors que des difficultés s'élèvent sur le mode de preuve qui pourra être considéré comme suffisant. Dans le rituel de Paris (3), nous lisons ces mots : *Altero conjugatum quantocumque absente alterum, nisi de morte absentis facta fide* « *per luculentum testimonium* » *ecclesiasticorum vel regionum officialium tessera munitum, contrahere omnino (parochus) prohibeat.*

(1) Du moins en France ; car en Pologne l'Église considérait le divorce comme compatible avec les dogmes ; aussi voyons-nous un jurisconsulte, Carpzovius permettre à la femme d'un militaire dont on n'a pas eu de nouvelles, de demander le divorce pour cause de *malitiosa desertio*. V. in *Jurisp. eccles.*, lib. I, *def.* 170, Leyser, *Meditat. ad Pandect.*, II, p. 337.

(2) V. Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 105, citant le canon 31 de l'épître de saint Basile à Amphiloque : *Quæ quum vir secessit, et non apparet, antequam de ejus morte certior facta sit, cum aliquo cohabitavit, machatur.*

Cf. Dans le *Code matrimonial*, I, p. 10 et 35, le canon 18 du Concile de Rouen de 1072, ainsi conçu : *Si uxor viri, qui peregre aut alias profectus fuerit alii viro nupserit, quousque prioris mortis certitudinem habeat, excommunicetur usque ad dignam satisfactionem.* Cf. Concile de Tours de l'année 1583.

(3) V. l'*Encyclopédie de Jurisp.* V° absent en matière matrimoniale : — *Caveat præterea Parochus ne facile ad contrahendum matrimonium, admittat eos qui antea conjugati fuerunt, ut sunt uxores militum vel captivorum, vel aliorum qui peregrinantur, nisi diligenter de iis omnibus facta inquisitione et re ad ordinarium delata, ab eoque habita ejusmodi matrimonii celebrandi licentia.*

L'Église exigeait donc une preuve véritable et complète du décès de l'absent (1).

De simples présomptions résultant de la durée de l'absence n'étaient pas admises. Le texte le plus important en cette matière est le célèbre décrétale du pape (2) Clément III, de l'an 1188 cap. 19, *extr. de sponsalib.* X (3), en réponse à une consultation de *mulieribus quæ viros suos captivitatis vel peregrinationis causa absentes ultra septennium fuerint præstolatae, nec certificari possunt de vita aut morte ipsorum licet super hos sollicitudinem adhibuerint diligentem, et pro juvenili ætate seu fragilitate carnis humane nequeunt continere, petentes aliis copulari*. Le pape déclara : « *quod quantocumque annorum spatio ita remaneant, non possunt ad aliorum consortium canonice convolare, nec auctoritate Ecclesiæ permittas* (le pape s'adresse à l'Évêque diocésain qui s'était fait l'interprète de cette requête) *contrahere, donec certum nuncium recipiant de morte virorum* (4).

Que fallait-il entendre par ce *certus nuncius* ? — Pothier indique quatre moyens de prouver le décès : en premier lieu l'extrait du registre des sépultures de la

(1) Cf. La nov. 117, cap. 11 de Justinien visiblement inspirée par la doctrine canonique : n'avons-nous pas vu que la preuve de la mort devait résulter d'un serment prêté sur les saints évangiles par le chef de la troupe dans laquelle servait le militaire disparu ?

(2) Pothier, *op. et loc. cit.*

(3) Comme texte émanant de l'autorité civile V. arrêt de règlement du Parlement de Paris du 9 février 1640 cité par Denizart Collect. de jurispr. V^o absence. « *La Cour fait inhibitions et défenses à tous curés et vicaires de passer outre à la célébration d'aucun mariage des parties qui se disent en viltuté sans avoir auparavant des certificats signés des curés, et juges des lieux, en bonne et due forme que le mari ou la femme de ceux qui se présentent soient décédés, sinon que les curés, prêtres et vicaires aient certaine connaissance de leur décès, et dont autrement ils demeureront responsables.* » Cf. *Arrêtés de Lamoignon*, article 5, tit. VI des absents, *Recueil des Arrêtés de Lamoignon*, Paris, 1777, p. 38.

(4) Code de Justinien, Const. 9, § 1 de *testib.*, IV, 20.

paroisse ou de l'hôpital, délivré par le curé et légalisé par le juge; à défaut de cet acte par suite de perte du registre, *ou même de simple omission de la part du curé*, le témoignage de deux personnes ayant assisté à l'enterrement, ou attestant quelque fait justificatif de la mort du premier mari; Pothier exigeait au moins deux témoins, par *a fortiori* de la règle *testis unus testis nullus* admise dans les affaires pécuniaires, *etiamsi præclara Curie honore præfulgeat*; et repoussait l'opinion plus indulgente du célèbre casuiste Sanchez, qui se contentait d'un témoin dans le cas où le premier mari avait passé dans un pays très éloigné d'où il était très difficile d'avoir des nouvelles.

Pothier indique encore comme moyen de preuve le certificat du major ou du commandant du régiment où servait le premier mari; enfin, il permet d'invoquer la présomption de mort résultant du laps de temps de cent ans écoulés depuis la naissance de l'absent (1), — il s'appuie à cet effet sur quelques textes du Droit romain (2) qui, à un point de vue très différent il est vrai, semblent considérer ce délai comme la durée *maxima* de la vie humaine; mais est-il besoin de faire remarquer que, même en se plaçant dans un État où la loi ne fixe pas de limite d'âge pour contrac-

(1) Cf. Fournel, *De l'adultère*, p. 100, qui cependant recommande la plus grande sévérité dans l'admission de la preuve du décès.

(2) *Digeste*, LL. 56 VII, 1, *de usuf.* et 8, XXXIII, 2, *De usuf. leg.* au Code L. 23, § 1, I, 2, *De sacrosanct. eccl.* dans ce dernier texte il s'agit de la prescription des actions contre les Églises et établissements religieux... Cf. l'*Ecclesiaste*, ch. 18, v. 8, *numerus dierum hominum ut multum centum anni.* Compar. le verset 10, du psaume 89 (90 Hébr.) « *Le cours ordinaire de notre vie est de soixante-dix ans, ou de quatre-vingts pour les plus forts* », c'est ainsi que l'âge de soixante-dix ans a été fixé comme la date du décès présumé par la plupart des nations protestantes qui ont adopté le système des déclarations de décès. V. notre Chapit. de législation comparée et déjà p. l'anc. dr. en Pologne, Leyser, *Medit. ad Pandect.* II, p. 333.

ter mariage, le conjoint présent se trouverait rarement en situation de profiter de cette latitude ? d'ailleurs la majorité des auteurs dans notre ancien droit n'admettait pas cette présomption de mort, du moins quant à la dissolution du mariage, par opposition aux intérêts pécuniaires de l'absent (1). — Quant à la jurisprudence, comme le dit Bretonnier, elle était fort incertaine.

Supposons maintenant que l'époux présent ait contracté une nouvelle union ; qu'advenait-il de ce mariage ? Il faut faire une distinction : le mariage pouvait-il être attaqué tant que durait l'absence du premier mari ? Ce droit paraît exorbitant, car la nullité est évidemment subordonnée à la condition de la coexistence certaine des deux mariages ; il faudra donc prouver l'existence du premier mari lors de la célébration du second mariage. — Tel est en effet le système qui prévalut en jurisprudence ; il a été formulé par l'avocat général Gilbert Desvoisins dans une maxime devenue célèbre (2):

(1) V. Bourjon, *Droit commun de la France*, I, p. 103. — Lebrun, *Successions*, liv. I, ch. 1, sect. 1, — *Répert de Jurisp.* de Guyot, v° Absent, I, p. 67. — Bretonnier, *op. et loc. cit.*, admettait que la présomption de mort pouvait résulter au contraire des circonstances dans lesquelles l'absent avait disparu et des dangers auxquels il avait été exposé. — A l'inverse, Merlin, *Répert. de Jurisp.* V° Bigamie, rapporte, un arrêt du 16 décembre 1771 qui n'admit pas comme preuve suffisante la relation de deux survivants d'un naufrage ; il développe les considérations suivantes : ces deux individus ne prévoyaient pas qu'une veuve de Dunkerque se prévaudrait cinq ans après de leurs déclarations pour passer à un second mariage ; si leur véracité n'était pas suspecte on pourrait du moins craindre leur ignorance et la précipitation de leur jugement.... Mais plus tard nous verrons que Merlin n'a pas professé sur cette matière, en interprétant le Code civil, une doctrine bien sûre.

(2) V. l'aff. Maupetit, arrêt du Parlement de Paris du 23 juillet 1723. D'Aguesseau, 28^e plaid., aff. Colliquet. V. Denizart, *collect. de Jurisp.* V° absent. Mais plus anciennement par application de la Novelle 117, cap. 11, qui le décidait ainsi (V. *suprà*) il semble que le second mariage ait pu être annulé même pendant la continuation de l'absence. Duperray, *contrat de mariage* p. 9 et 10, 44 et 45 cite encore deux arrêts des 28 juillet 1692 et 12 juillet 1713 qui prononcèrent les peines de la bigamie contre des maris

« L'incertitude de la mort de l'un des époux ne doit jamais suffire pour contracter un mariage nouveau, mais elle ne doit jamais suffire aussi pour troubler un mariage contracté. »

Mais *quid* lorsque l'absence a cessé par suite de la réception de nouvelles, ou même par suite du retour du premier mari ? A qui appartient l'action de nullité ? Sans difficulté cette action appartient à l'absent de retour. Nous avons vu que d'après la Novelle CXVII, cap. II de Justinien et d'après la note XXXIII de l'empereur Léon cette action n'appartenait qu'à lui seul *ipse vero licentiam habeat, si voluerit, uxorem recipere*.

Or nous retrouvons exactement les mêmes expressions dans un texte du droit canonique can. 93, *ex Synodo Quini Sexti, alias Trullano* de l'an. 692, où nous lisons : *is, si velit, propriam uxorem recipiat* (1).

qui avaient passé à de nouvelles noces sans avoir de preuves légales de la mort de leurs femmes absentes, mais pour ce seul fait et sans que la bigamie fût pleinement démontrée par la preuve de l'existence du premier conjoint. D'autre part voici ce que nous lisons dans Henrys, tome II, lib. IV, quest. 98. « Malgré la prohibition les femmes ne laissent pas de se remarier après une absence de 2 ou 3 ans et sur le moindre soupçon que le mari soit mort à la guerre. L'indulgence des juges cause ce désordre et nous sommes en un siècle où la moindre excuse couvre le vice. Si le mari ne revient pas la femme demeure impunie et quoiqu'elle le sache vivant elle le fait passer pour mort ; il n'est plus de censeurs publics et la recherche des crimes ne se fait plus d'office et par zèle de justice. »

Cf. ce que dit Pothier. *Traité du contrat de mariage*, n° 106.

« De même qu'il n'est pas permis dans le *for de la conscience* à une personne qui a contracté un premier mariage de passer à un second avec un autre avant qu'elle soit assurée de la mort de la personne avec qui elle a contracté le premier mariage ; de même il n'est pas permis à un prêtre, dans le *for extérieur* de marier une personne qui l'a déjà été, sans se faire représenter un extrait mortuaire de la personne à qui elle était mariée, ou des certificats équivalents de la mort de cette personne. »

(1) *Collect. des Conciles* de Ph. Labbe, VI, col. 1181 et *Hist. des Conciles* de Mgr Hefélé, trad. de l'allemand, p. l'abbé Delarc IV p. 208. — Ce concile ne fut pas oecuménique, néanmoins ses canons renferment une discipline qui fut longtemps suivie dans l'Eglise. — Un auteur, Muller, *Observat, ad Leyserii meditat, ad Digesta*, tome I, fascic. 2, p. 244, soutint que d'après

Le sens de ces mots est au moins équivoque : Toutefois il paraît plus conforme à l'esprit et à la doctrine de l'Église de croire que la nullité du second mariage fut toujours absolue ; au reste c'est là un point qui dans le dernier état du Droit n'est pas même mis en question ; « le second mariage, dit Pothier, doit être déclaré nul » (1) ; et des arrêts nombreux nous montrent que l'action pouvait être exercée par tout intéressé.

Le Droit romain et même d'après le droit canonique (*contra*, Leyser sur ce dernier point) l'action en nullité n'appartenait qu'à l'absent de retour, et que le second mariage subsistait s'il ne jugeait pas à propos de l'attaquer Cf. art. 139, C. civ. — Comparez ce que dit *Pufendorf* au XVII^e siècle : Un obstacle moral qui empêche la femme de se remarier, c'est lorsqu'elle a déjà un mari, car le droit du premier subsiste *tant qu'il n'y a pas renoncé*. V. Encyclop. de Jurisp. I p. 299 V^o absent en matière matrimoniale. — Les canons du Concile précité sont encore suivis actuellement dans l'Église d'Orient : V. une *Etude sur les causes de dissolution du mariage d'après la doctrine de l'Eglise chrétienne d'Orient*, par M. P. Jovanovic. *Bulletin de la Société de législation comparée*. 1885, p. 259 et sq. spéc. 262.—V. encore *Das Eherecht des Orientalischen Kirsche*, von Dr J. Zhishman, Wien, 1864. p. 762 et sq. — Certains adoucissements sont apportés : ainsi la femme du militaire disparu peut après un certain temps, et suivant les circonstances obtenir de l'autorité ecclésiastique la permission de se remarier (après un délai de 5 ans) : le second mariage demeurera inattaquable tant que durera l'absence du premier mari. Mais le militaire étant de retour, la vérité détruit la présomption de mort. — Il n'est pas tenu de reprendre sa femme, parce qu'en fait elle a été souillée par la cohabitation avec un autre homme, bien que les peines de l'adultère, à raison de sa bonne foi, ne lui soient pas applicables. D'autre part, cette femme ne peut rester avec son second mari, sinon elle deviendrait effectivement passible des peines de l'adultère. Cette doctrine offre une grande ressemblance avec la législation israélite. V. *Code Rabbinique*, Eben Haezer, trad. Sautayra et Charleville, 1868, I, p. 95 et sq. mais une différence essentielle les sépare, c'est que le droit israélite n'admet pas le pardon ; tandis que le canon 93, *Ex Synodo Trullano* permet à l'absent de retour de reprendre sa femme : *is, si velit, propriam uxorem recipiat, ipsi venia propter ignorantiam data eique qui illam in secundis nuptiis domum duxit*.

(1) *Traité du contrat de mariage*, n^o 104. V. le *Journal du Palais*. Collection Blondeau et Guéret, tome 1, p. 494 et Durand de Maillane, *Dictionnaire de Droit canonique*. V^o Absence, § 3, où se trouve reproduit le chapitre *Dominus* écrit par le pape Luce III aux chrétiens détenus captifs par les Sarrazins et qui ordonne « qu'aucun d'entre eux ne passe à de secondes noces qu'il ne soit assuré de la mort de sa femme ; et que si quelqu'un s'est remarié sur une fausse nouvelle, lorsqu'il aura appris

Si la bonne foi de l'époux présent qui s'était remarié n'était pas établie, il était condamné aux peines de la bigamie (1).

L'existence de sa femme *relictis adulterinis complexibus ad priorem conjugem revertatur* ». En tous cas un point paraît bien certain, c'est que dans le dernier état de la doctrine catholique le premier mariage doit nécessairement être rétabli, l'absent de retour ne pouvant s'y refuser, du moins lorsque la femme s'est remariée de bonne foi et par conséquent ne peut être considérée comme adultère ; c'est donc une différence avec la doctrine de l'église chrétienne d'Orient que nous avons précédemment rapportée.

Voyez pour le Droit canonique, *Synopsis Pirlingiana seu compendiaris S. S. Canonum*. Augustæ Vindelicorum et Dilingæ 1695, tit. XXII, lib. IV. *Decretalium, de secund. nupt.* n° 2 p. 859, et 797. — Quant à la preuve du décès une *moralis certitudo* doit suffire, *quia in rebus humanis major plerumque haberi non possit*. — Cf. Boucheul, *Cout. du Poitou*, I, p. 710. — Fournel, *De l'adultère*, p. 115, est un des rares auteurs qui se soient préoccupés du point que nous envisageons : « si le premier mari, dit-il, ne fait pas valoir ses droits, ou si même il donne son consentement à ce qu'elle continue de demeurer avec son second mari, la femme n'en sera pas moins obligée de quitter celui-ci, parce qu'il ne dépend pas du mari de légitimer l'adultère de la femme et de la dispenser de la fidélité conjugale. » Il dit aussi : « le premier mari revenant, la femme doit sans balancer révenir avec lui nonobstant son amour pour le second mari ou les qualités de celui-ci. » Fournel cite cependant dans le vingt-sixième plaidoyer de Lemaitre un exemple d'arrangement pécuniaire entre les deux maris. Le même auteur discute également la question du *debitum conjugale* pour le cas où la femme a le moindre soupçon de l'existence de son premier mari et il cite des textes (Ch. 44. *De Sent. excom.* et Décision d'Innocent III) aux termes desquels la femme ne peut sans commettre un adultère en exiger la prestation, mais d'autre part sur un simple soupçon le second mari ne saurait être privé d'une portion aussi essentielle de ses droits. — D'Aguesseau 23^e plaidoyer, tome III, p. 14 admettait la femme à requérir une sentence prononçant une séparation de fait entre elle et son second mari.

Pothier se borne à dire que si la femme et le second mari apprennent par l'attestation de personnes dignes de foi l'erreur du certificat de mort du premier mari sur lequel le second mariage a été contracté, ils sont dans le *for de la conscience* obligés de se séparer.

(1) V. Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique* V. bigamie : Les peines varièrent : ce fut d'abord la mort dans certains parlements, plus tard le bannissement ou les galères, le coupable préalablement attaché au carcan avec deux chapeaux pendus à ses côtés si c'était une femme, et si c'était un homme avec deux quenouilles. (V. arrêts du Parlement de Paris du 31 janv. 1767 et du 13 sept. 1775 rapportés par Merlin : *Répert. de jurispr.* V. Bigamie.) — Pour la culpabilité il y avait évidemment une question de fait à apprécier. (V. Denizart, V. Bigamie.)

Nous ne voulons pas quitter notre ancien droit sans mentionner deux arrêts qui firent beaucoup de bruit dans la matière qui nous occupe : Le premier intervint dans l'affaire du faux Maillard (2) ; « qui dura plus de quarante audiences et dont les factums imprimés pour les différentes parties formèrent plusieurs volumes. » Sa femme Marie de la Tour, qui s'était remariée, refusa de le reconnaître, disant qu'il était non recevable dans son appel comme d'abus ; non pas parce que le laps de quarante années qu'avait duré son absence pût, en matière de mariage, opérer une prescription et faire que le mariage contracté avant ce temps fût regardé comme n'existant plus, mais parce que le soi-disant Maillard n'était pas en possession de son état, et n'y était pas depuis quarante ans et plus, il naissait une présomption qu'il n'était pas le vrai Maillard, le vrai mari de celle qu'il attaquait. — A quoi l'on ajoutait, mais assez inexactement, que s'il eût été le vrai Maillard, il n'aurait pas appelé comme d'abus, parce que, quand le mari se représente et que la femme se trouve engagée dans de nouveaux liens, ces liens tombent à l'instant, et sans aucune procédure la femme est obligée de retourner avec son mari. Ceci est inexact, disons-nous, car lorsqu'un mariage a été régulièrement célébré en fait, il subsiste tant qu'il n'est pas annulé et la femme accusée de bigamie aurait très certainement le droit d'opposer et de faire

En général la bonne foi n'était pas présumée si le mariage avait eu lieu sans publications de bans. (V. Durand de Maillane, *Dictionnaire de droit canonique*. V^o *Absence*, § 3). L'Eglise même pardonnait quelquefois la précipitation, lorsque le décès du mari avait pu survenir dans des circonstances extraordinaires, comme une guerre acharnée. V^o Une réponse du pape Léon à Nicétas, évêque d'Aquilée, citée par Merlin, *Questions de Droit*, V^o *Mariage*, n^o 8.

(1) Pothier, *Contrat de mariage*, n^o 107 et 449.

(2) *Code matrimonial*, I, p. 29 et *Journal du palais*, I, p. 474 arrêt du Parlement de Paris du 15 mars 1674.

prononcer la nullité de son premier mariage. Maillard réussit enfin à faire constater son identité et obtint en conséquence la nullité du second mariage de sa femme.

L'ancienne jurisprudence nous offre un exemple plus singulier d'un individu qui réussit à se faire passer auprès de la femme d'un absent pour son mari de retour « grâce à une ressemblance parfaite et aux discours qu'il lui tint sur ce qu'il avait appris être arrivé à ce dernier » ; il vécut avec elle et en eut une fille. Puis le véritable mari revint et éprouva beaucoup de difficulté à se faire reconnaître. « Enfin nous dit Ferrière (1) la

(1) *Dictionnaire de droit et de pratique*. Vo Ressemblance. Affaire du faux Martin Guerre. Arrêt du Parlement de Toulouse du 12 septembre 1560. Papon, liv. 22, tit. 9, *Causes Célèbres*, p. 1272, et sq. Paris, éd. de 1607

Le plus spirituel peut-être de nos anciens auteurs, Estienne Pasquier, a écrit à propos de cette affaire une page bien curieuse, qui prouve au moins que la gaieté n'était pas complètement bannie des œuvres de nos plus grands jurisconsultes :

(Il met en scène les deux époux).

«..... Bertrande luy requérait pardon du tort qu'elle luy avait fait (s'adressant au véritable Martin Guerre) insciemment ; toutefois le mary ne prenant ces paroles en payement, d'un mauvais œil commença de la blâmer. Comment est-il possible (luy dit-il) que tu ayes presté consentement à cet abbus ? car en mon oncle et en mes sœurs il y peut avoir quelque excuse mais nulle en l'attouchement de l'homme à la femme. Et en cette aigreur perséverera longuement, nonobstant quelques remonstrances qu'on lui fist...» Pasquier reprend en appréciant l'arrêt : « Mais je demanderais volontiers si ce Monsieur Martin Guerre qui s'aigrit si asprement contre sa femme ne méritait pas une peine aussi griève qu'Arnault du Tilh (l'imposteur) pour avoir par son absence esté la cause de ce mesfait. Si le préteur de Rome Pison en eust été juge, il n'en faut point douter..... Suit alors l'arrêt de ce magistrat dont voici l'espèce: deux hommes s'étant battus, l'un après avoir blessé l'autre s'enfuit ; le blessé fut accusé d'avoir tué son adversaire et d'avoir fait disparaître son cadavre ; en conséquence il fut condamné à mort. Sur ces entrefaites le premier qui s'était tenu caché, apprenant que son camarade allait être exécuté avertit le bourreau qui suspendit l'exécution de l'arrêt et « alla remontrer à Pison ce que dessus. » Celui-ci ne voulut pas réformer sa sentence mais ordonna que les trois hommes fussent exécutés, le premier parce qu'il avait été déjà condamné ; le second pour avoir été par son absence la cause de la condamnation de l'autre, et aussi le bourreau pour avoir osé de « superséder » à l'exécution de son jugement. — Pasquier déclare que ce cruel juge aurait du par un même moyen se condamner lui-

Cour, ayant avec beaucoup de peine et beaucoup d'adresse découvert l'imposture du scélérat, le condamna à faire amende honorable à être pendu, ensuite brûlé ses biens, attendu la bonne foi de la femme dont il avait abusé, adjugés à la fille qu'il avait eue d'elle. »

C. — Époque intermédiaire de 1789 au Code civil.

La matière de l'absence entre dans une phase nouvelle ; la loi des 20 et 25 septembre 1792 *qui déterminait le mode de constater l'état civil des citoyens*, dans l'article 1, titre IV, section V, établissait le divorce comme cause de dissolution du mariage ; et dans la deuxième loi portant cette même date *et déterminant les causes, le mode et les effets du divorce*, § 1, *Causes du divorce*, article 4 *du divorce sur motifs déterminés*, nous lisons... 5° sur *l'abandon* de la femme par le mari, ou du mari par la femme pendant deux ans au moins ; 6° sur *l'absence* de l'un d'eux sans nouvelles au moins pendant cinq ans.

même à mort. Mais au cas qui se présente (revenant à l'affaire Martin Guerre) il en va tout autrement ; car il ne doit point être permis à un homme de quitter sa femme sans cause, même de si longue absence et au bout de cela d'en avoir été quitte par une colère représentée devant ses juges. — Il me semble que c'était une vraie mocquerie et illusion de justice. Or tout ainsi que le jugement de Pison a été trompé par la postérité comme très monstrueux, au contraire si Martin Guerre eût été condamné à mort parce que étant le vrai mari il avait sans raison abandonné sa femme, l'espace de dix ans, absence qui avait été le principal argument, et subject de toute cette imposture, j'estime que nos survivants eussent solennisé cet arrêt comme très saint ; pour le moins m'assuré-je que les femmes n'en eussent été marriés. » Estienne Pasquier, *Recherches de la France*, liv. VI, ch. 36. *Œuvres*, Amsterdam, 1723, tome I, col. 657 et sq. — Cf. Rapport du conseiller De Coras dans cette affaire rapporté par Dubédat, *Histoire du Parlement de Toulouse*, 1885, I, p. 354. — Montaigne, *Essais*, chap. XXXI, liv. II, de la Cholère rapporte l'arrêt de Pison qu'il emprunte à Sénèque. *De ira*, I, 16. — V. encore l'appréciation de l'arrêt Martin Guerre dans les *Essais* de Montaigne. V Dubédat *op. et loc. cit.*

7° sur *l'émigration* dans les cas prévus par les lois, notamment par le décret du 8 avril 1792. Comme on le voit, cette loi statuait cumulativement sur la disparition constituant un délit envers le conjoint, ou un crime envers l'État (abandon et émigration, et sur le fait simple de disparition ou d'absence proprement dite)(1).

Il fut jugé que l'absence simple au bout de cinq ans créait une cause de divorce conférant un droit acquis à l'autre conjoint. Celui-ci pouvait faire prononcer le divorce même si des nouvelles étaient parvenues depuis l'expiration de ce laps de cinq ans (2). Cette décision est fort critiquable car la cause de divorce devait résider dans la présomption de mort par suite du défaut de nouvelles pendant cinq années, et cette présomption était anéantie par la réception ultérieure de nouvelles ; tout au moins eût-il fallu examiner les circonstances qui avaient pu empêcher l'absent de donner signe de vie à son conjoint pendant les cinq années qui se sont écoulées, et apprécier si ce silence ne pouvait pas constituer après coup un abandon.

Quant à la procédure, le paragraphe 2, article 17 de la loi que nous venons de citer dispose que dans le cas

(1) Rapprochez le premier projet de Cambacérès présenté à la Convention le 9 août 1793, tit. VI, Du divorce, art. 11 : le divorce peut avoir pour cause : 5° *La fuite de la maison conjugale* par la femme avec un autre homme ou par le mari avec une autre femme ; 6° *l'expatriation* pendant deux ans sans nouvelles ; 7° *l'émigration* dans le cas où celui des époux qui en serait prévenu n'aurait pas réclamé contre les listes définitivement arrêtées sur lesquelles il aurait été porté. V. Fenet, I, p. 27. Dans l'ordre d'idées où nous sommes placés, citons encore le décret du 11 sept. 1792 prescrivant que tous les pères et mères dont les fils étaient absents devaient justifier, dans le délai de trois semaines, à leurs municipalités respectives, de l'existence en France de leurs fils disparus, ou de leur mort, ou de leur emploi en pays étranger pour le service de la nation ». (Art. 1), pour la sanction, V. l'art. 2 du décret.

(2) Cassation, 11 fructidor, an XII, *Journ. des aud.*, an XIII, p. 75, *aff.* Rousselot.

de divorce pour absence de cinq ans sans nouvelles, l'époux qui le demandera pourra se pourvoir directement devant l'officier public de son domicile, lequel prononcera le divorce sur la présentation qui lui sera faite d'un acte de notoriété constatant cette longue absence. La femme pouvait alors se remarier immédiatement sans attendre le délai ordinaire d'un an (§ III, art. 3).

La Convention devait aller plus loin encore : le décret des 4-9 floréal an II (23-28 avril 1794), *contenant des dispositions additionnelles à celui des 20-25 septembre 1792 sur le divorce*, porte dans son article 2 : « S'il est constaté par un acte authentique ou de notoriété publique que la séparation des époux a lieu par abandon fait par l'un d'eux du domicile commun sans donner de ses nouvelles, l'époux abandonné pourra obtenir son divorce par la seule présentation de l'acte authentique ou de notoriété six mois après cet abandon et sans avoir besoin d'appeler l'époux absent, » — l'article 4 ajoute : « Les femmes des défenseurs de la patrie ou des fonctionnaires éloignés de leur domicile pour le service de la République ne pourront néanmoins pendant l'absence de leur mari demander le divorce que par devant l'officier public de leur dernier domicile commun. » Enfin nous citerons le décret du 14 vendémiaire an III (15 octobre 1794), *relatif aux poursuites en divorce contre un émigré ou un absent* : désormais il suffisait d'un acte authentique ou de notoriété publique établissant que l'autre époux était émigré, ou qu'il était résident en pays étranger ou dans les colonies, et l'époux présent pouvait alors obtenir le divorce sans délai et sans aucune citation.

On voit quelle effrayante facilité la Convention glissant sur une pente rapide avait fini par accorder

aux divorces (1). Malgré les désordres qui s'étaient produits sous l'empire de cette législation et à cette époque troublée, on crut dans l'intérêt de la sécurité des situations acquises, et en conformité avec l'article 2 du Code civil qui venait de proclamer le principe de la non-rétroactivité des lois, on crut, disons-nous, devoir déclarer inattaquables les divorces antérieurement prononcés même pour causes non admises par la nouvelle loi sur le divorce. La loi des 26 germinal, 6 floréal an XI (16-26 avril 1803), postérieure de quelques jours à la loi sur le divorce, qui porte la date des 30 ventôse, 10 germinal an XI (21-31 mars 1803), est ainsi conçue : « Tous divorces prononcés par des officiers de l'état civil, ou autorisés par jugement avant la publication du titre du Code civil relatif au divorce, auront leurs effets conformément aux lois qui existaient avant cette publication. A l'égard des demandes formées antérieurement à la même époque, elles continueront d'être instruites, les divorces seront prononcés et auront leurs effets conformément aux lois qui existaient lors de la demande. » Le texte est complété par un Avis du Conseil d'État du 18 prairial an XII (7 juin 1804) *sur les actes de divorce faits pendant la disparition des émigrés ou absents*. « Le Conseil d'État réuni..... est d'avis que les émigrés ou absents ne peuvent attaquer les actes de divorce faits pendant leur disparition. Les actions qu'ils intenteraient à ce sujet seraient également contraires au texte et à l'esprit des lois précitées et elles tendraient à perpétuer une agitation et des souvenirs qu'il faut au contraire éteindre le plus tôt possible. Les émigrés et

(1) Remarquons que le troisième projet de Cambacérès présenté aux Cinq Cents le 24 prairial an IV, tit. VII du divorce, article 328, maintenait les délais de la loi de 1792. Fenet, I, p. 231.

absents rentrés ne peuvent examiner que le point de fait s'il existe un acte de divorce revêtu de sa forme extérieure et matérielle ; mais ils ne peuvent jamais être recevables à remettre en question l'affaire et à discuter les causes du divorce. Il n'est pas à présumer que les tribunaux méconnaissent cette intention précise de notre législation, et s'ils s'en écartaient le tribunal de cassation ne balancerait pas à les y rappeler (1). »

D. — Le Code civil.

Nous abordons maintenant le Code civil sur lequel doivent se concentrer nos efforts : L'absence dans notre droit est-elle une cause de dissolution du mariage ? La réponse des textes, avons-nous déjà dit, est fort simple ; en effet, l'article 227 dispose que le mariage se dissout : 1^o par la mort de l'un des époux et 2^o par le divorce légalement prononcé ; cette énumération évidemment limitative ne mentionne pas l'absence. Cependant sur le 1^o et sur le 2^o de l'article 227 il y a matière à discussion.

En effet qu'est-ce que ce texte entend par la mort de l'un des époux entraînant dissolution du mariage ?

La mort est un fait de l'ordre naturel : mais en droit, les simples faits, de même que les actes juridiques ne sont reconnus et ne peuvent produire d'effets qu'autant

(1) V. pour l'application : Cassat. 30 pluviôse an XIII, Sirey, V, 1, 108 ; et l'affaire Mac-Mahon qui eut un grand retentissement, arrêt de cassation sect. réunies, du 22 mars 1806. Dans l'espèce la femme d'un officier irlandais avait obtenu le divorce sur l'allégation de l'absence sans nouvelles de son mari pendant cinq ans ; celui-ci de retour prouva que sa femme avait été en relations de correspondance non interrompues avec lui pendant ce temps, qu'ainsi elle n'avait pas ignoré son existence ; néanmoins, et quoiqu'en fait il y eût crime de bigamie, le divorce étant régulier en la forme fut maintenu. V^o Dalloz, *Répert. alphab.* V^o Séparation de corps, n^o 424 et Merlin. *Répert de Jurisp.* V^o Divorce, sect. IV, § 10 où son plaidoyer dans cette affaire est rapporté *in extenso*

qu'ils sont prouvés — ajoutons, sauf explication ultérieure que le mode de preuve a même été suivant les cas renfermé dans des limites plus ou moins étroites. — Le conjoint de l'individu disparu qui veut contracter un nouveau mariage doit donc prouver le décès de celui-ci.

Or c'est là précisément que se rencontrera souvent la difficulté ; sans doute la loi s'est préoccupée d'assurer la constatation des faits intéressant l'état des personnes et en particulier des décès ; elle a prescrit à cet égard la tenue de registres de l'état civil (V. le tit. II, livr. I, du C. civ., spéc., le ch. IV, *Des actes de décès*). Mais dans bien des cas et pour des motifs divers l'acte de décès inscrit sur ces registres fera défaut. Pourra-t-on y suppléer par quelque autre moyen de preuve ?

Si on ne le peut pas, ou si les juges n'admettent pas le décès comme suffisamment prouvé, nous retombons dans les règles de l'absence ; on voit dès lors l'étroite connexité qui rattache la matière de l'absence à la théorie de la preuve des décès dans des circonstances exceptionnelles, il suffit d'ailleurs de se reporter aux arrêts que nous aurons l'occasion de citer pour vérifier ce que nous avançons ; c'est ce qui ressortira également avec beaucoup de netteté de l'examen des travaux préparatoires auquel nous allons bientôt nous livrer.

En second lieu, l'article 227 déclare que le mariage est dissous par le divorce légalement prononcé ; l'absence est-elle une cause de divorce ?

Nous avons vu qu'en Droit romain, au moins à une certaine époque, c'est sous cette forme que l'absence fut envisagée comme une cause, que nous appellerons indirecte, de dissolution du mariage : la même observation peut être faite pour l'époque intermédiaire ; ici la question soulève beaucoup moins de difficulté que la précé-

dente ; il est certain que l'absence ne constitue pas une cause de divorce (art. 290 et sq. C. civ). Toutefois, soit à l'époque de la confection du Code civil, soit plus récemment, lors du rétablissement du divorce par la loi de 1884, il s'est fait un travail d'élaboration législative sur lequel nous devons insister.

Le plan que nous suivrons est donc celui-ci :

CHAPITRE PREMIER. — *De l'absence considérée comme cause directe de dissolution du mariage.*

CHAPITRE II. — *De l'absence considérée comme cause de divorce.*

CHAPITRE III. — *De la nullité du second mariage contracté par le conjoint d'un absent.*

CHAPITRE IV. — *Étude de législation comparée.*

CHAPITRE PREMIER

DE L'ABSENCE CONSIDÉRÉE COMME CAUSE DIRECTE DE DISSOLUTION DU MARIAGE

Nous venons de constater avec l'article 227 du Code civil, que l'absence quelque prolongée qu'elle soit n'entraîne jamais la dissolution du mariage. — Au titre de l'absence aucun texte n'énonce formellement cette idée, mais elle ressort implicitement de l'article 139, qui permet à l'époux absent de retour d'attaquer le second mariage de son conjoint.

L'article 27 du projet de la commission du Gouvernement (1) était plus explicite et déclarait formellement qu'à aucune époque le conjoint de l'absent ne pourrait contracter un nouveau mariage. Le texte ajoutait cependant « à moins que l'absent ne soit parvenu à l'âge de cent ans accomplis. » Le tribunal de cassation (2) dans ses observations y inséra ces mots : ou qu'il *n'ait disparu dans les circonstances prévues à l'article 8 du projet*, lequel était ainsi conçu : « La loi n'exige pas indispensablement la preuve par titre authentique du décès de l'absent, elle se contente de présomptions graves telles

(1) Fenet, II, p. 451.

(2) Fenet, II, p. 451.

que celles qui résultent de la *disparition* de l'absent après une bataille, un naufrage, ou tel autre accident qui a pu procurer sa mort et depuis lequel s'est écoulé cinq ans sans qu'on n'ait reçu aucune nouvelle. » On peut reconnaître ici des traces de la législation de l'époque intermédiaire qui avait édicté également ce délai de cinq ans, mais sans exiger que le point de départ fût un accident de nature à faire présumer la mort ; la nouvelle disposition était bien plus sage et bien plus protectrice de la dignité du mariage et des droits de l'absent.

Cet article disparut dans le projet définitif rédigé en l'an IX par la section de législation du Conseil d'état : la distinction entre la *disparition* et l'*absence* avait été cependant posée de la façon la plus nette par le Premier Consul lui-même sur l'article 6 du projet. « Ceux qui poursuivent la déclaration d'absence, disait-il, doivent être soumis à prouver que celui qu'ils veulent faire déclarer absent a quitté son domicile. Il peut arriver en effet, qu'on ait sur la mort d'un individu qui n'est pas sorti de son domicile des indices très forts, quoiqu'on n'ait pas retrouvé son cadavre. On peut dire de cet homme qu'il a *disparu*, mais on ne peut pas dire qu'il est *absent*. »

Le procès-verbal de la séance mentionne que cet amendement est adopté ; et en effet l'article 115 du Code civil porte que « lorsqu'une personne aura *cessé de paraître au lieu de son domicile* et de sa résidence, et que depuis quatre ans on n'en aura point eu de nouvelles, les parties intéressées pourront se pourvoir devant le domicile de première instance afin que l'absence soit déclarée ». Mais ceci est insuffisant, car nous ne voyons pas clairement comment on pourra arriver à obtenir la preuve légale d'un décès dans le cas de *disparition*.

Les hypothèses de ce genre sont cependant très nombreuses, beaucoup plus que les faits d'absence proprement dits ; en prenant même le mot *disparition* dans le sens étroit que lui donnait le Premier Consul, on peut citer : les accidents de carrières et de mines, les assassinats avec suppression du cadavre, les sinistres provenant d'incendie ou d'inondation, ou même des accidents isolés dans un fleuve ou une rivière, etc.... Mais il convient d'étendre l'expression à toutes les hypothèses où un individu s'est trouvé exposé à un grave danger, même loin de son domicile, et à la suite duquel on n'a pas eu de ses nouvelles ; ce qui comprend les cas de naufrage, d'événements de guerre, etc.

Ce qui distingue alors la *disparition* de l'absence, c'est que l'incertitude sur l'existence n'est plus seulement basée sur le défaut de nouvelles pendant un temps plus ou moins long : elle prend son fondement dans le fait précis d'un grave danger de mort auquel a été exposé l'individu dont on n'a pas de nouvelles depuis lors : en un mot c'est *l'initium de l'absence*, pour employer le terme juridique, qu'il faut prendre en considération.

Les auteurs ne semblent pas s'être préoccupés de ces questions avec tout le soin qu'elles méritent ; d'autre part la jurisprudence offre le spectacle d'une grande hésitation sinon quelquefois de la contradiction ; ces motifs nous ont déterminé à exposer dans son ensemble la *théorie de la preuve du décès des individus disparus dont la mort ne peut pas être constatée par un acte régulier de l'état civil* (1).

(1) Telle est dans ses termes mêmes la question qui fut traitée au courant de l'année 1885 par le *Comité des travaux historiques et scientifiques, section des sciences économiques et sociales* (séance du jeudi 9 avril 1885) Un rapport très substantiel y fut présenté par notre éminent maître, M. Bufnoir. Nous y reviendrons lorsque nous traiterons la question d'une réforme législative en cette matière.

De la preuve du décès des individus disparus dont la mort ne peut être constatée par un acte régulier de l'état civil.

Les difficultés que nous allons examiner se rattachent à l'interprétation d'un texte du Code civil, l'article 46, lequel est ainsi conçu : « Lorsqu'il n'aura pas existé de registres, ou qu'ils seront perdus, la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins, et dans ces cas les mariages, naissances et décès pourront être prouvés tant par les registres et papiers émanés des père et mère décédés que par témoins. » La rédaction de ce texte embrasse tous les faits (principaux) intéressant l'état civil des personnes : savoir : les naissances, les mariages et les décès; il y a cependant entre eux des différences fondamentales dont le législateur n'a pas tenu un compte suffisant, et nous tenons à le constater dès le début, parce que nous y voyons la clé des contradictions ou plutôt des incertitudes sans nombre que révèlent la doctrine et la jurisprudence, lorsqu'il s'agit de déterminer la portée d'application de l'article 46. — On ne peut nier que ce texte ne soit conçu en termes fort restrictifs : L'analyse y découvre deux dispositions :

1^o Enumération des cas dans lesquels certains moyens de preuve des faits intéressant l'état civil seront exceptionnellement admis;

2^o Indication de ces moyens de preuves eux-mêmes. Reprenons chacun de ces points :

En premier lieu l'article 46 énumère les cas où la représentation d'un acte de l'état civil régulièrement inscrit sur les registres pourra être suppléée par d'autres moyens de preuve : les cas d'inexistence et de perte des registres sont seuls mentionnés. Cette énumération est-elle limitative ? C'est ici qu'il faut faire intervenir la distinction annoncée entre les faits qu'il s'agit de prouver :

Oui cette énumération est limitative en ce qui concerne la preuve des mariages et celle des naissances, du moins en tant qu'il s'agit de questions de filiation. — Mais *quid* en matière d'actes de décès ?

La réponse, ainsi que, nous l'avons déjà dit, est fort difficile à donner à cause de la véritable confusion que présentent la doctrine et la jurisprudence. C'est ce qui ressortira de l'exposé que nous allons en tracer.

L'article 46 énonce les seuls cas d'*inexistence* et de *perte* des registres ; il ne s'explique pas sur la *perte totale* ou sur la *perte partielle*, mais ce point est admis sans grande contestation, de même que celui de *destruction*, qui n'est d'ailleurs qu'une forme de perte ; *quid* de l'*omission* d'un acte (1) ? Cette question fut soulevée par le tribunal d'appel de Lyon, qui s'était tout particulièrement préoccupé d'assurer la preuve des décès dans les circonstances difficiles : « La multitude des Français, disait-il, absents de leurs foyers depuis la Révolution, et de ceux qui s'absenteront encore quand les colonies seront ouvertes et que le commerce aura repris son activité, fait sentir l'importance de cette précaution ; » il ajoutait : « on assure que l'amirauté d'Angleterre prescrit à cet égard des soins si exacts et si multipliés qu'il est possible d'y retrouver les traces du décès ou de l'existence du moindre matelot et du moindre passager. » Dans la discussion qui s'éleva plus tard, au sein du Conseil d'État, Cambacérès reproduisit la judicieuse observation du tribunal de Lyon ; il lui fut répondu par M. Thibaudeau qu'il serait très dangereux que la loi prévît le cas d'omission et qu'il était plus

(1) Fenet., VIII, p. 17 et IV, p. 41, *in fine* et 47. — V. l'art. 12 du projet de la commission de l'an VIII, lequel, du moins dans la partie que nous étudions en ce moment, était rédigé en termes peu différents de ceux de l'art. 46, C. civ.

convenable que les contestations auxquelles les omissions pourraient donner lieu fussent portées devant les tribunaux qui statueraient suivant les circonstances.

La discussion se termina par ces paroles de M. Régnier : « qu'il n'était d'ailleurs aucun moyen de réparer les omissions sur les registres : » Ces paroles sont, il faut en convenir, assez énigmatiques. Il est bien certain qu'on ne peut pas après coup dresser un acte de l'état civil, s'ensuit-il pour cela que la preuve du fait qui n'a pas été régulièrement constatée soit irrecevable par les tribunaux ? Cette affirmation, en ce qui concerne les actes de décès, serait manifestement déraisonnable. Mais un premier point demande des éclaircissements. La plupart des auteurs examinent la question de savoir si l'article 45 est applicable au cas d'*omission* d'un acte : Or ce qu'il se gardent bien de définir, c'est ce qu'ils entendent par une *omission*. Nous en concevons en effet de deux sortes :

a) La déclaration de décès a été faite, mais l'officier de l'état civil a omis de rédiger l'acte (1).

b) La déclaration de décès n'a pas été faite, il y a eu

(1) C'est à une omission de ce genre, mais qui s'était produite dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, que l'on peut rattacher la loi du 4 fructidor an VII, qui *détermine un mode pour constater le décès des prisonniers d'Orléans, homicides à Versailles le 9 sept. 1792* : trois commissaires de l'administration centrale du Loiret devaient dresser la liste des personnes détenues dans les prisons de la haute cour et qui en furent extraites pour être conduites à Versailles le 4 sept. 1792, — liste dressée d'après les renseignements fournis par les registres, actes judiciaires ou autres écrits non suspects, attestations de parents, ou de témoins dignes de foi. Étaient exceptés les prisonniers dont les noms se trouvaient inscrits sur les listes d'émigrés. A cette époque le mode de constatation des faits intéressant l'état des personnes n'avait pas encore été organisé (loi des 20-25 septembre 1792 ; le principe seulement avait été posé par la constitution des 3-14 septembre 1791, art. 7), il n'en est pas moins évident qu'il y avait eu de la part des autorités, qui avaient ordonné l'exécution dont il s'agit, une négligence inconcevable en ne dressant pas des actes ou des procès-verbaux du décès de leurs prisonniers.

omission de déclaration de la part des personnes qui pouvaient être tenues de la faire ; soit par suite de leur négligence, soit parce qu'aucune déclaration *n'a pu* être faite, par exemple lorsqu'un individu a été victime, ou est présumé avoir été victime d'un accident (incendie, assassinat avec suppression du cadavre, naufrage, éboulement), tel qu'on n'a pu retrouver le corps. Le consul Cambacérès s'était bien préoccupé de ces cas, car sur l'article 5 du projet (1), il fit cette observation judicieuse : « Dans les cas extraordinaires, comme un tremblement de terre, un éboulement, un incendie, une inondation, s'il vient à périr ou disparaître des personnes dont on ne puisse *reconnaître* ou *retrouver* les cadavres, il en sera dressé procès-verbal. Ce procès-verbal sera suivi d'une enquête faite pour constater la mort certaine des personnes qui ont disparu depuis l'événement, l'officier public fera mention sur les registres des décès de l'enquête et du procès-verbal. »

Tronchet lui répondit que ce cas rentrait dans celui d'absence. Cambacérès répéta ce qu'avait déjà dit le premier Consul, savoir que les deux cas indiqués ne doivent pas être confondus avec l'absence.

« Un individu peut être tué par la chute de sa propre maison, dans cette hypothèse il n'est pas absent, cependant il faut s'assurer qu'il est décédé. » — C'est ce que nous avons trouvé dans l'article 8 du projet de la commission de l'an VIII ; mais rien de tout cela n'a passé dans le Code civil, où le seul texte que l'on puisse invoquer pour trancher la difficulté, l'article 46, est manifestement insuffisant dans sa rédaction. Toutefois la majorité des auteurs étend l'article 46 au cas d'*omission*

(1) V. Fenet, VIII, 42 : cet art. correspond à l'art. 81 du C. civ. qui vise un cas tout particulier : celui de mort violente, sans même supposer le cas de suppression du cadavre.

d'un acte, mais, nous le répétons, sans nettement indiquer quelle sorte d'omission ils ont en vue.

Des lois spéciales ont statué à plusieurs reprises sur des hypothèses particulières que l'on peut ranger en trois catégories :

a) Destruction en bloc des registres de l'état civil d'une commune : A cet ordre d'idées se rattache la loi du 10 juillet 1871 *relative au mode de suppléer aux actes de l'état civil du département de la Seine détruits dans la dernière insurrection* (1) : cette loi se préoccupe surtout des actes de naissance dont la représentation est ordonnée par l'article 70 du Code civil pour le mariage : l'article 4, plus général, dispose relativement à tous les actes de l'état civil et notamment aux actes de décès, il renvoie à l'article 46 du Code civil et dispense les demandes des frais d'enregistrement et de timbre et du ministère d'avoué. Sur la reconstitution de tous ces actes, voir la loi du 12 février 1872. Enfin la loi du 19 juillet 1871 (2) *relative à la nullité des actes de l'état civil à Paris et dans le département de la Seine depuis le 18 mars 1871* contient un article ainsi conçu : Dans le délai de trente jours il sera dressé acte par l'officier de l'état civil sur le registre mentionné en l'article 2 des décès survenus postérieurement au 18 mars, et dont il n'existerait pas d'actes réguliers, sur le vu du certificat qui aura constaté la mort, et en présence de deux témoins. En l'absence du certificat exigé par le paragraphe précédent les actes de décès ne pourront être

(1) Cf. plus anciennement : Loi du 2 floréal an III, qui détermine le mode de suppléer aux registres de l'état civil détruits ou perdus pendant la Révolution.

Ordonnance du 9 janvier 1815 *sur la recomposition des registres de l'état civil de l'arrondissement et de la ville de Soissons, détruits par faits de guerre*. Locré III, p. 297 et sq. et 293.

(2) V. la série des lois intervenues en cette matière dans la table alphab. de Dalloz, 1867-1877. V. *Acte de l'état civil*, n° 7 et sq.

dressés qu'en vertu de jugement. Ces derniers mots renvoient donc implicitement à l'article 46 Code civil, mais la première disposition est très remarquable en ce qu'elle attribue à ce certificat de médecin corroboré par la déposition de deux témoins la même force qu'à un acte de décès régulièrement dressé. Il y a là une preuve qui s'impose au juge, tandis que dans tous les cas où c'est l'article 46 qui est applicable, le juge pèse avec une entière liberté tous les moyens de preuve qui lui sont présentés.

b) Le législateur a prévu une autre catégorie d'hypothèses qui est une cause malheureusement trop fréquente d'accidents entraînant mort d'homme, sans que le plus souvent on puisse retrouver les cadavres. Nous voulons parler des *accidents dans l'exploitation des mines* (1) : Décret du 3 janvier 1813, contenant des dispositions de police sur toute la matière : nous citerons les art. 18 et 19 : *Art. 18.* « Il est expressément prescrit aux maires et autres officiers de police de se faire représenter les corps des ouvriers qui auraient péri par accident dans une exploitation, et de ne permettre leur inhumation qu'après que le procès-verbal de l'accident aura été dressé, conformément à l'article 81 du Code civil, et sous les peines portées dans les articles 358 et 359 du Code pénal. » *Article 19 :* « Lorsqu'il y aura impossibilité de parvenir jusqu'au lieu où se trouvent les corps des ouvriers qui auront péri dans les travaux les exploitants, directeurs et autres ayants cause seront tenus de

(1) V. Décret du 29 frimaire an III, *sur le mode de constater le décès des citoyens qui ont péri le 14 fructidor par l'explosion de la poudrerie de Grenelle*, qui n'ont pas été trouvés dans les décombres ou qui ayant été retrouvés, n'ont pas été reconnus. (Locré III, p. 153) un procès-verbal devait être dressé d'après un certificat délivré par l'agence des salpêtres et des poudres de la République constatant que tel citoyen était employé à la poudrerie de Grenelle lors de son explosion et qu'il était présent à l'appel fait dans les ateliers le 14 fructidor ou le soir de la veille.

faire constater cette circonstance par le maire ou autre officier public qui en dressera procès-verbal et le transmettra au procureur de la République à la diligence duquel et sur l'autorisation du tribunal cet acte sera annexé aux registres de l'état civil. »

c) Enfin l'attention du législateur ne pouvait manquer d'être appelée vu les *faits de disparition* si nombreux à la suite des guerres (1) : Nous citerons d'abord l'ordonnance du 3 juillet 1816 concernant les militaires et employés aux armées disparues depuis le 21 avril 1792 jusqu'au 20 novembre 1815. Ce texte prescrit un ensemble de mesures destinées à permettre aux parties intéressées d'obtenir des autorités militaires tous renseignements nécessaires pour la preuve qu'elles auront à fournir devant les tribunaux.

Puis la loi du 13 janvier 1817 vint organiser plus complètement les *moyens de constater le sort des militaires absents*. (2)

L'article 5, qui nous concerne plus particulièrement, est ainsi conçu : (3) » la preuve testimoniale du décès pourra

(1) M. Levasseur président de la section des sciences économiques et sociales, dans la séance du 9 avril 1885, a donné ce détail significatif, que la statistique dressée d'après les actes de décès présente un moins grand nombre de décès pendant les années qui correspondent aux guerres du premier empire que pendant les années de paix.

(2) L'art. 12 déclare que la présente loi est applicable aux marins et à toutes personnes attachées aux armées, mais dans l'exposé des motifs le ministre de l'intérieur, M. Lainé, insista sur le caractère spécial de cette loi qui ne vise que les militaires disparus pendant la période fixée par l'ordonnance de 1816. V. dans le *traité des absents* de M. de Plasman le texte ainsi qu'un résumé de la discussion et des exposés de motifs de cette loi, II, p. 124 et sq.

(3) L'article 5 que nous citons fut vivement attaqué à la Chambre des pairs ; M. Mousnier-Buisson insista sur le danger qu'il y aurait à transformer tous les tribunaux de France en officiers de l'Etat civil ; rien ne serait plus facile, dit-il, que de constater le décès d'un homme vivant. Il lui fut répondu par M. Favart de Langlade que l'article 54 C. civ. devait tranquilliser, puisqu'il donne le droit d'attaquer les jugements en matière d'actes de l'état civil ; il est certain que les tribunaux se garderont de prononcer

être ordonnée conformément à l'article 46 Code civil, s'il est prouvé soit par l'attestation du ministère de la guerre ou de la marine, soit par toute autre voie légale qu'il n'y a pas eu de registres, où qu'ils ont été perdus ou détruits en tout ou en partie, ou que leur tenue a éprouvé des interruptions.

Les auteurs argumentent de ces derniers mots pour interpréter largement l'article 46 du Code civil et ils y sont parfaitement autorisés par ces paroles de M. Lainé, ministre de l'intérieur dans l'exposé des motifs : « l'article 5 modifie ou plutôt applique aux circonstances l'article 46 Code civil. »

Enfin l'article 10 de cette même loi porte que l'article 88, Code civil, qui se réfère aux actes de l'état civil dressés par l'autorité militaire, en supposant que ces actes sont faits hors du territoire de la France, sera applicable au cas où les militaires étaient décédés sur le territoire français, s'ils faisaient partie de corps ou détachement d'une armée active, ou de la garnison d'une ville assiégée : cette disposition avait en vue la douloureuse campagne de 1814 qui avait transporté la guerre sur notre territoire ; le code Napoléon n'avait prévu que la Victoire ! — Dans le même ordre d'idées, nous signalerons les articles 46 et 48 Code civil qui attribuent même force probante aux actes dressés par les autorités étrangères dans les formes du pays, qu'à ceux dressés en France par des officiers publics français : or on peut supposer des circonstances semblables à celles que prévoit l'article 46 du Code civil se produisant à l'étranger (1).

légèrement sur la vie ou la mort des absents. — Enfin dans le délai d'un mois le ministère public a le droit d'interjeter appel de la décision.

(1) Un arrêt de la Chambre des requêtes du 27 décembre 1837, aff. Colombel a jugé que, s'il n'était pas prouvé qu'il n'avait pas été tenu de registres en pays étrangers, ou qu'ils avaient été perdus, un acte de notoriété

Le législateur ne crut pas devoir édicter de dispositions de même nature à la suite des différentes guerres que notre pays eut à subir ; Il ne le fit pas notamment pour la guerre de Crimée (1854-1856) ni pour celle d'Italie (1859), enfin pour celle du Mexique (1863), sans parler des nombreuses expéditions coloniales (Algérie, Tunisie, Madagascar, et surtout Tonkin). Mais une loi du 9 août 1871 remit en vigueur la loi du 13 janvier 1817 pour constater le sort des Français ayant appartenus aux armées de terre et de mer et généralement à tous français qui ont disparu par suite de faits de guerre depuis le 19 juillet 1870 jusqu'au 31 mai 1871 (1).

Remarquons que sauf certains détails de procédure la loi de 1817 (2) ne modifiait pas l'article 46 du Code civil

dressé dans ce pays avait pu être regardé comme ne faisant pas preuve du décès. Dalloz, alphab. V^e acte de l'état civ. n^o 119 et V^e absent. n^o 465. D. P. 38, 1, 57. *Quid* des constatations que pourraient fournir les registres des autorités militaires ennemies pendant leur établissement sur le territoire français ? par exemple relativement aux blessés morts dans leurs ambulances ou aux prisonniers de guerre qu'elles auraient fait exécuter : en l'absence de textes formels, nous pensons cependant que ces mentions régulièrement constatées devraient fournir une preuve complète du décès.

(1) Cette rédaction bien plus large que celle de l'art. 12 de la loi de 1817 est due à un amendement de M. Lefèvre Pontalis qui visait surtout les Français faits prisonniers comme otages et conduits en Allemagne. V. Dall. 1871, 4, 136.

(2) Du reste le reproche d'inutilité fut publiquement adressé à cette loi par un membre de la Chambre des pairs (séance du 7 janvier 1817). — Toutefois l'art. 4 diminue notablement les délais à l'expiration desquels l'absence d'un militaire peut être déclarée ; mais ceci ne nous concerne pas : Les art. 2 et 3 indiquent comment les intéressés pourront obtenir des ministres de la guerre et de la marine les pièces justificatives qui leur sont nécessaires : à ce propos nous relevons dans l'exposé des motifs le passage suivant « jusqu'à l'ordonnance du 3 juillet 1816, les parties, qui désiraient obtenir des renseignements sur le militaire, dont le sort les intéressait, s'adressaient au ministère de la guerre. Les recherches étaient faites dans les bureaux, et leurs résultats attestés par un certificat qui déclarait ou la mort ou l'époque de la disparition de l'absent, et enchaî-

dans ses traits essentiels ; cet article demeure seul applicable pour tous les cas de disparition qui ont pu se produire à la suite des autres guerres que nous avons mentionnées.

Nous avons ainsi déterminé aussi exactement que possible la sphère d'application de l'article 46 telle qu'elle paraît fixée par le Code civil lui-même et par les lois postérieures qui l'ont étendue en vue d'hypothèses particulières : il convient maintenant d'indiquer comment est régie l'administration de la preuve dans tous ces cas (1). Malgré la rédaction un peu amphibologique de l'article 46, et les paroles de Thibaudeau (2) devant le Corps législatif, qui semblent bien exiger cumulativement ces deux moyens de preuve, il est universellement admis, conformément à l'interprétation que donnait Rodier de l'Ordonnance de 1667, que la preuve testimoniale pourra être admise *de plano*, c'est-à-dire sans commencement de preuve par écrit d'aucune sorte (3). Ajoutons que les présomptions de l'homme sont dès lors admissibles, article 1353 du Code civil. Il est donc beaucoup plus simple de dire que la preuve est absolument libre.

Il est vrai que la loi a organisé un système de preuve par titres pour éviter la preuve testimoniale, qu'elle considère non sans raison comme dangereuse (4). Mais les décès sont de purs faits de l'ordre naturel ; or de droit com-

nait ainsi la justice. Mais le ministère ne doit fournir que des renseignements ; aux tribunaux seuls appartient d'en peser le mérite et d'en fixer les conséquences. Les art. 1, 2, 3, et 4 rétablissent sous ce rapport les principes et la marche légale ».

(1) L'hypothèse des accidents de mines étant mise à part, puisque le décret de 1813 indique le mode même de suppléer à l'acte de décès.

(2) V. Loqué, I, p. 68.

(3) Tit. XX, art. 14 ; V. Laurent, *Princ. de d. civ.* II, p. 62 et sq.

(4) V. les exposés de motifs de Siméon devant le tribunal et de Thibaudeau devant le corps législatif. Fenet, VIII, p. 286, 292, 276.

mun tous moyens sont admis pour prouver de tels faits. Toutes les prescriptions de la loi n'ont à nos yeux que le caractère d'une simple recommandation adressée aux juges (1); dans telles et telles circonstances la preuve que les intéressés demandent à présenter sera plus facilement admise, par exemple lorsqu'il sera dûment constaté qu'il n'a pas été tenu de registres, ou qu'ils auront été perdus; dans d'autres circonstances, au contraire, la réclamation des intéressés pourra paraître plus suspecte, moins digne de foi, les juges devront se montrer plus sévères; mais il ne saurait y avoir d'autre différence qu'en fait, jamais en droit. Il est nécessaire, mais il suffit de produire la conviction dans l'esprit du juge, sous cette seule réserve qui sépare le système des preuves en matière civile, du système des preuves en matière criminelle, que le juge doit motiver sa décision à peine de nullité (loi du 20 avril 1810, art. 7). Or l'on sait que cela se réduit à peu de chose dans la pratique, et qu'on se contente de la formule consacrée : « Il appert des circonstances de la cause... »

Telle est la théorie de la preuve des décès des individus disparus qui ressort de textes législatifs plus ou moins précis : L'insuffisance de ces textes est manifeste : dès lors se pose la question de la généralisation de l'article 46 et du décret de 1813 aux hypothèses nombreuses qui n'ont pas été réglementées, parmi lesquelles il suffira de citer : les accidents survenus dans les in-

(1) Telle est la valeur de ces expressions que l'on trouve dans l'art. 1353 : le juge ne doit admettre les *présomptions de l'homme* qu'autant qu'elles sont *graves, précises et concordantes* : en réalité elles sont absolument abandonnées aux lumières et à la prudence des magistrats ; c'est ce qui résulte de l'art. 1353 lui-même.

V. *Traité des preuves* de Bonnier, II, p. 397, citant un arrêt de cassation du 27 avril 1830 rejetant un pourvoi fondé sur ce motif que les présomptions dans l'espèce n'étaient pas graves, précises et concordantes. V.D. 30, 1, 224. Cf. L'arrêt de rejet du 5 décembre 1849. D. 50, 1, 234.

cendies, les inondations, et surtout les accidents de mer, etc.... C'est ici que se révèlent les incertitudes de la doctrine et les hésitations de la jurisprudence. Quant à nous, notre système est fort simple ; il est contenu dans les motifs et les considérations que nous faisons valoir il n'y a qu'un instant. Les décès sont de purs faits de l'ordre naturel ; la preuve par tous moyens et dans toutes circonstances peut en être présentée devant les juges, qui apprécieront avec une entière liberté sans qu'ils puissent jamais déclarer *à priori* irrecevables les moyens de preuves allégués.

On nous objectera sans doute que c'est là supprimer l'article 46 (1) en tant que prescription limitative : nous en demeurons d'accord ; et notre conviction c'est qu'il ne peut avoir en ce qui concerne les décès d'autre valeur que celle d'une simple recommandation ; cela sous peine de tomber dans l'absurde ; car comment un tribunal se refuserait-il à admettre un décès comme prouvé, lorsqu'on lui en fournit les seules preuves que l'on ait pu se ménager, savoir la preuve testimoniale en certains cas, et dans les autres la preuve par présomptions de l'homme reposant sur les circonstances de faits, au milieu desquelles le décès que l'on veut constater a du se produire ? Ces hypothèses là n'ont pas été prévues par le législateur, lorsqu'il a édicté l'article 46 : Ce texte suppose qu'un acte de décès aurait pu être dressé, ou même qu'il l'a été effectivement, mais que l'acte n'a pas été dressé, ou qu'il a été perdu ; ces distinctions avaient leur raison d'être en ce qui touche les mariages et les naissances, du moins au point de vue de la filiation, et le grand tort des rédacteurs du Code civil, c'est d'avoir

(1) V. Demolombe, I, n° 324, mais il est à remarquer que cet auteur se place plus particulièrement au point de vue des naissances et des graves questions de filiation qui s'y rattachent ; c'est une preuve directe de la confusion que nous reprochons aux rédacteurs du Code civil. V. *infra*.

statué par un seul et même texte sur les trois faits (principaux) intéressant l'état civil ; mais pour les décès il est impossible en raison d'exiger impérativement tel ou tel mode de preuve, parce qu'il y a là un fait qui, pourvu qu'il soit constaté par un mode quelconque, s'impose absolument (1). Le formalisme de la théorie des preuves ne peut détruire un fait ; on l'a dit souvent : le fait est brutal. — Il appartient seulement aux juges d'être plus ou moins sévères dans l'examen des moyens de preuves qui leur sont présentés, suivant que les motifs allégués pour expliquer qu'il n'y a pas eu, ou qu'il n'a pu y avoir d'acte régulièrement dressé présentent un caractère plus ou moins sincère et plausible.

Or dans la plupart des cas l'absence de cet acte proviendra de circonstances, qui ne seront nullement

(1) Le mariage en effet est un contrat qui ne se forme pas dans les circonstances extraordinaires au milieu desquels peut se produire une naissance et surtout un décès : les parties sont coupables de négligence de ne s'être pas ménagé la preuve régulière de leur union : le mariage est un contrat, donc il faut appliquer les règles du droit commun qui n'autorise la preuve testimoniale que sous des restrictions nombreuses lorsqu'il s'agit d'actes juridiques, V. spéc. l'art. 194 du C. civ.

La Cour de cassation a relevé elle-même très nettement la différence profonde, que nous cherchons à mettre en lumière, entre la preuve d'un mariage et celle d'un décès. V. arrêt du 5 fév. 1809, aff. Colombe, *Journal des Audiences*, 1809, 1, 71. — Nous trouvons une consécration bien ancienne de cette distinction entre un acte juridique proprement dit et un pur fait naturel dans une *ghemara* (Glose) du Talmud, traité Khethouboth, perek. II, *Législat. civ. du Talmud*, par le docteur Israël Michel Rabbinoewicz, 1880, I p. 133 et 135 ; dans la discussion qui s'élève entre plusieurs rabbins, nous relevons les observations suivantes : on distingue entre le veuvage et le divorce : une femme se prétend veuve ou se prétend divorcée. Si deux témoins affirment la mort du mari et que deux la nient, la femme ne doit pas se remarier, mais si elle le fait elle restera avec son mari. — Si deux témoins affirment le divorce et que deux le nient, la femme ne doit pas se remarier, et si elle le fait elle devra quitter son mari ; la raison de la différence, c'est que dans le cas de divorce on peut dire à la femme « *montre ton ghet* » (lettre de divorce) tandis que dans le cas de **mort** on ne peut rien constater,

imputables à la personne intéressée à faire constater judiciairement le décès (1).

L'insuffisance des textes a produit la plus fâcheuse influence sur la doctrine et la jurisprudence. Sans doute les auteurs ne se refusent pas en principe à admettre la preuve des décès dans les hypothèses non prévues par le législateur, mais ils sont loin de préciser leur doctrine, soit en ce qui concerne les moyens de preuve, soit en ce qui touche aux effets de la preuve du décès elle-même. — Un texte législatif assez énigmatique n'a pas peu contribué à augmenter cette incertitude.

C'est un avis du Conseil d'État du 17 germinal an XIII, 7 avril 1805, *sur les preuves admissibles pour constater le décès des militaires*, lequel est ainsi conçu : « Le Conseil d'État, qui, sur le renvoi fait par Sa Majesté l'Empereur, a entendu le rapport de la section de législation et celui du grand juge ministre de la justice, tendant à faire décider, si en l'absence de preuves positives du décès d'un militaire, on peut admettre pour les remplacer des présomptions résultant soit de témoignages vocaux, soit de l'absence prolongée pendant plusieurs années, est d'avis : 1^o qu'il y aurait, comme l'observe le grand juge lui-même, un extrême danger à admettre comme preuves du décès de simples actes de

(1) La formule même de notre doctrine a été posée très nettement par un arrêt fort ancien de la Cour d'Aix, du 28 mars 1811 (Dalloz, alphab. V^o acte de l'état civ., n^o 438), lequel admit la preuve d'un décès fondée sur différentes circonstances graves (assassinat au milieu des troubles de St-Domingue) : « parce que, lisons-nous dans l'arrêt, le législateur a voulu assurer seulement pour les cas ordinaires la preuve de l'état des hommes de manière authentique et solennelle, il n'a pas interdit de suppléer de quelque manière que ce soit au défaut de preuve par titre authentique dans les circonstances rares où il est de toute impossibilité soit de faire constater ainsi le décès, soit même de suppléer à ces actes par la preuve testimoniale. » Mais nous aurons plus loin l'occasion de faire la critique de cet arrêt à un autre point de vue.

notoriété fournis après coup et résultant le plus souvent de quelques témoignages achetés ou arrachés à la faiblesse, qu'ainsi cette voie est impraticable;

2° Qu'à l'égard de l'absence ses effets sont réglés par le Code civil en tout ce qui concerne les biens, mais qu'on ne peut aller au delà, ni déclarer le mariage de l'absent dissous après un certain nombre d'années; qu'à la vérité plusieurs femmes de militaires peuvent à ce sujet se trouver dans une position fâcheuse, mais que cette considération n'a point paru lors de la discussion du Code civil assez puissante pour les relever de l'obligation de rapporter une preuve légale, sans laquelle on exposerait la société à de déplorables erreurs et à des inconvénients beaucoup plus graves que les maux particuliers auxquels on voudrait obvier. — En cet état le Conseil estime qu'il n'y a pas lieu de déroger au droit commun ni d'y introduire une exception que le législateur n'a jamais admise. »

Que résulte-t-il de ce texte? Malgré ses termes un peu équivoques, nous considérons que le rejet de l'acte de notoriété comme preuve du décès d'un militaire n'a que la valeur d'une simple recommandation de sévérité adressée aux juges; en effet *in fine* l'avis du Conseil d'État déclare maintenir le droit commun; or de droit commun les actes de notoriété appartiennent à la catégorie des présomptions de l'homme qui sont admises comme moyen de preuve concurremment avec la preuve testimoniale (1). — Cet avis fut motivé par la prétention émise par des femmes de militaires, qui à la suite des guerres de la Révolution et de l'Empire

(1) Il serait tout aussi inexact de dire que des actes de notoriété sont nécessairement impuissants à fournir la preuve d'un décès, que de croire que la preuve testimoniale la plus formelle aurait le pouvoir de lier le juge. La doctrine des auteurs cependant n'est pas nette sur ce point. V. Dall. Alph. v° act. de l'état civ. nos 148 à 155 et v° absent, n° 222.

avaient disparu sans donner de nouvelles, de suppléer à l'acte de décès qu'elles ne pouvaient présenter par des actes de notoriété qui auraient eu le pouvoir de lier le juge, ainsi que cela s'était pratiqué à l'époque révolutionnaire. (Décret du 14 vendémiaire de l'an III) (1).

Quoi qu'il en soit, c'est en se fondant sur les termes de cet avis, qui semblent exiger une preuve véritable, une preuve légale du décès, pour que le conjoint puisse se remarier, que Merlin (2) interprétait restrictivement l'article 46 du Code civil et décidait que, dans les hypothèses non prévues par ce texte la preuve du décès par témoins, ou par présomptions de l'homme n'aurait d'effet que relativement aux intérêts pécuniaires, non quant à la dissolution du mariage, laquelle produirait des conséquences irrémédiables. — Nous ne mé-

(1) C'est ce qui ressort clairement des travaux préparatoires de cet Avis rapportés par Locré, III, p. 386 ; nous y lisons ceci : Ces femmes de militaires avaient demandé à n'être pas obligées pour contracter un second mariage de justifier du décès de leur mari en la forme déterminée par l'art. 78 (bien entendu en le combinant avec l'art. 46) et *qu'on se contentât de la présomption de mort après un certain nombre d'années sans nouvelles*. C'était la demande d'une déclaration de mort système fort répandu en Europe, ainsi que nous le verrons, et surtout à l'égard des militaires. V. ch. IV.

(2) Merlin a développé cette thèse dans son *Répert. de jurispr.* V^o *État civil*, § III, n^o 5, il rapporte un jugement du tribunal de 1^{re} instance de Cognac interprétant strictement l'art. 46 du C. civ. mais ce jugement fut réformé par la Cour de Bordeaux le 9 mars 1812. Dans l'espèce il était constaté que sur 25.000 décès mentionnés sur les registres d'un hôpital, il n'y en avait pas un cinquième qui renfermât les énonciations requises. Néanmoins Merlin reproche à la Cour de Bordeaux la facilité avec laquelle elle a permis au conjoint présent de se remarier. Cf. V^o *Bigamie* la critique de ce même auteur à propos d'un arrêt du 16 décembre 1771 que nous avons rapporté dans notre introduction historique. — Comparez la doctrine de Toullier, I, p. 316.

Duranton a même été jusqu'à refuser à la preuve du décès fournie par 1^{er} procès-verbal, dont parle le décret de 1813, relatif aux accidents de mines, l'effet qui est pour nous le plus intéressant, savoir la dissolution du mariage, et pour le conjoint la permission de se remarier, t. 1, n^o 330.

Contrà. Demolombe, I, n^o 308, *in fine*, citant Richelot, *Princ. de Dr. civ.*, I, n^o 188.

connaissions pas la gravité de ces considérations : la dignité du mariage et l'honneur de l'époux qui a disparu réclament plus de protection que ses intérêts pécuniaires, lesquels comportent une exacte restitution, et le législateur en a été touché puisqu'il a décidé que l'absence si prolongée qu'elle soit ne dissous jamais le mariage ; mais à côté de l'absence il est une autre théorie, mal définie dans le Code civil, que nous avons cependant cherché à dégager, et qui tend à constater, non plus l'absence, c'est-à-dire un état d'incertitude perpétuelle sur la vie et sur la mort, mais le décès même de la personne : c'est la théorie de la constatation judiciaire du décès d'un individu disparu. Lorsque les juges auront prononcé cette constatation, on doit lui faire sortir tous ses effets, sous peine d'encourir le reproche de contradiction (1).

Toutefois cette opinion de Merlin eut une grande influence sur la jurisprudence de son temps, voici en effet ce que nous lisons dans un arrêt de la Cour d'Aix du 28 mars 1811, aff. Constans : « Considérant en fait que la dame Chabrier ne se prévaut du décès de son mari, et n'invoque la qualité de veuve *que pour réclamer ses droits dotaux*, et qu'alors, *comme l'a dit M. Merlin*, dès qu'il ne s'agit que d'intérêts pécuniaires, et que tout peut se réparer en cas d'erreur, les juges n'ont à consulter que les circonstances.... (2) » L'arrêt

(1) V. *Principes de Droit civil*, de M. Laurent, II, p. 77. Combattant la doctrine de Merlin, l'éminent jurisconsulte conclut en ces termes : « Nous concevrons que la loi établit de ces distinctions, mais le juge le peut-il ? n'est-ce pas faire la loi au lieu de l'interpréter ? »

(2) V. Dall. Alph. V° *Actes de l'état civil*, n° 138. V. Cassat. 12 mars 1807, *Journ. des audiences*, 1807, aff. Desmée, et Cassat., 5 fév. 1809, aff. Colombe, *Journ. des aud.*, 1809, p. 71. Les demandeurs invoquaient les termes restrictifs de l'avis du Conseil d'État de l'an XIII, dont l'influence sur la jurisprudence française et sur la jurisprudence belge (V. notre chapitre de législation, comp.) fut considérable. Cf. Cass. req., 18 mars 1846, aff. Laperche, Dall. P. 46, 1, 107 ; Orléans, 9 juil. 1870, rapporté sous un arrêt de

admettait dans l'espèce le décès comme prouvé par un simple acte de notoriété.

Nous ne pouvons étudier en détail chacun des arrêts que nous avons cités : il est fort difficile de les critiquer, car tout dépend des circonstances de fait que nous ne pouvons apprécier, mais un trait s'en dégage, c'est l'incertitude de cette jurisprudence à laquelle manque l'appui des textes : un exemple pris dans une espèce récente nous permettra d'en mieux juger.

Voici les faits (1) : le 8 décembre 1877, un individu nommé Narjoz avait disparu dans la Saône en présence de plusieurs habitants de la commune de Chassez-lès-Scey, qui n'avaient pu lui porter secours; procès-verbal de cet événement est dressé le jour même par le maire de cette commune ; plus tard le procureur de la République de Vesoul présenta une requête au tribunal tendant à obtenir l'autorisation : 1^o d'annexer ce procès-verbal aux registres de l'état civil de Chassez-lès-Scey ; 2^o de faire transcrire sur lesdits registres la décision judiciaire relatant les termes de ce procès-verbal.

Le tribunal de Vesoul repousse cette demande se fondant sur l'inapplication à cette hypothèse de l'article 46 du Code civil et de l'article 19, tit. 3 du décret du 3 janvier 1813, d'autre part sur les dangers des *enquêtes d'examen à futur* proclamé par l'Ordonnance de 1667 et plus récemment par l'avis du Conseil d'État *sur les*

cassat. du 19 juin 1872. Dall, 1872, 1, 461 ; Colmar, 12 août 1814, aff. Wagner Devilleneuve et Carette, IV, 2, 403, après les journées de Leipzig et de Hanau, alors qu'il était constaté que dans les désordres qui suivirent ces batailles le quart à peine des militaires décédés fut inscrit. — Toulouse 21 mars 1812. D. Aphab. V^o. *Actes de l'état civil*, n^o 152, fait de disparition pendant les guerres de Vendée. Riom, 14 mai 1817, D. alph. loc. cit., n^o 154. Cassat. 27 déc. 1837. D. 38, 1, 57. V. encore : décès survenu dans un hôpital ; Cassat., 2 fév. 1809. Merlin, *Questions de droit*, V^o. décès. Il y est bien spécifié qu'il ne s'agissait dans l'espèce que d'intérêts pécuniaires.

(1) Dalloz, 79, 2, 34.

formalités à observer pour les rectifications à faire aux registres de l'état civil, du 13 nivôse an X. — La Cour de Besançon, sur l'appel du ministère public, déclara que dans le silence de la loi et en présence d'une utilité pratique évidente, il y avait lieu d'étendre les dispositions du décret ci-dessus mentionné à tous les événements du même genre tels que naufrages, incendies, explosions; *que dans l'espoir on ne saurait suivre les règles établies par le Code civil pour la constitution de l'absence*, le décès du sieur Narjoz ne faisant l'objet d'aucune espèce de doute.

..... Par ces motifs.....

Mais l'hypothèse que nous venons de rapporter est relativement simple, la preuve du décès pouvait être admise sans trop de difficulté quoiqu'il n'y eût pas eu de contestation matérielle du décès par l'examen du cadavre (art. 77, 80, 81, 84 C. civ.). Il en est d'autres et en grand nombre où la preuve du décès n'a pu être constatée en aucune façon par un acte régulier de l'état civil, et qui sont signalées par l'arrêt même que nous venons d'étudier (naufrages, incendies, explosions) (1).

(1) Il y a parfois assassinat d'une personne avec suppression plus ou moins complète du cadavre, il suffit de rappeler les exemples récents d'Élisa Boelmer, aff. Pel, et d'Élodie Ménétret, aff. Euphrasie Mercier. Dans ces cas, sans nul doute, les parties intéressées obtiendraient du tribunal civil sur la présentation d'une expédition de l'arrêt de la Cour d'assises condamnant l'assassin de la personne disparue, une constatation judiciaire du décès. Cela résulte de ce principe que « la décision judiciaire rendue sur l'action publique a envers tous l'autorité de la chose jugée quand elle *affirme*, ou nie clairement l'existence du fait qui est la base commune de l'une et l'autre action ». Or il serait évidemment contradictoire que le tribunal civil n'admit pas comme prouvée la mort d'une personne disparue lorsqu'une Cour d'assises a condamné un tiers comme coupable de l'avoir assassinée. De nombreux arrêts de la Cour de cassation ont formulé et consacré le principe que nous invoquons : V. Cass., 7 mars 1855, aff. Quertier, D, 55, 1, 81 ; 27 janvier 1869, aff. de la Soc. des houill. de St-Étien., D. 69, 1, 169 et note de M^e Griollet. Cf. cass., 18 nov. 1878, aff. Calderini, D, 78, 1, 462 ; 28 juil. 1879, D. 79, 1, 179 ; 15 février 1881, D. 82, 1, 75, aff. de Rougemont ; V. enfin Orléans, 19 juillet 1884,

C'est alors que l'on a pu se demander s'il n'y aurait pas lieu de solliciter l'intervention du législateur pour régulariser la jurisprudence et donner satisfaction à tous les intérêts en souffrance. A plusieurs reprises un jurisconsulte, qui est en même temps un homme de beaucoup d'esprit, M. de Courcy, se plaçant sur un terrain très pratique s'est préoccupé de la situation malheureuse des femmes de marins disparus qui ne peuvent obtenir une preuve régulière de leur veuvage et a sollicité l'intervention du ministre de la marine (2).

Nous allons voir, en effet, qu'un projet de loi a été proposé au Conseil d'État en 1881, dont la rédaction trop restrictive peut s'expliquer, en partie du moins, par la spécialité de la réclamation élevée par M. de Courcy. Ce dernier traitant la question avec une grande animation, procède d'abord à un examen de la juris-

aff. Villeret, D, 86, 2, 94. Pour la doctrine, V. Aubry et Rau, VIII, p. 405 et sq. — Dans l'affaire du pharmacien Pel, que nous citons il n'y a qu'un instant, le défenseur de l'accusé M^e Laguerre a cependant soutenu la thèse contraire et en a tiré un argument auquel on ne peut refuser le mérite de l'originalité : Vers la fin de la plaidoirie, il dit en s'adressant aux jurés : « Est-ce que vous condamnerez sur une hypothèse, sur une vraisemblance ? Supposez que cette femme eût été mariée et qu'après votre verdict le mari d'Élisa Bœhmer se présente devant le maire d'une de nos communes pour se remarier, est-ce qu'il le pourrait ? On lui dira « non vous êtes marié ». *Le verdict du jury suffisant pour faire tomber une tête, est insuffisant pour dégager des liens du mariage* ». Mais il ne faut voir là qu'un mouvement oratoire, l'éloquent avocat s'est évidemment laissé entraîner par l'ardeur de la défense. V. aff. Pel, lors du renvoi après cassation devant la Cour d'assises de Seine-et-Marne. Audience du 14 août 1885. *Gazette des Tribunaux* du samedi 15 août 1885.

(2) *Les veuves des marins disparus*, mémoire adressé à M. le ministre de la marine, Paris 1878. V. aussi le *Correspondant*, 1878. — *Questions de Droit maritime*, 2^e série, 1879, p. 201 à 264, relevons cette citation qui offre un intérêt à la fois littéraire et historique :

« Ta femme a son espoir, à ses vœux enchaînée,

« Doutant de son veuvage, et de son hyménée..... »

(Hymne d'André Chénier à Lapérouse).

V. poème intitulé : *l'Amérique*, vers 21 et sq. — M. de Courcy évalue qu'environ cent femmes de marins français se trouvent chaque année dans cette incertitude ; et il ne parle que des navires de commerce.

prudence puis à une discussion de l'article 46 du Code civil. Sur le premier point, à une certaine époque tout au moins, il a cru pouvoir relever une antinomie entre la jurisprudence du Midi, plus sévère dans l'administration de la preuve des décès, sans doute, dit-il, par souvenir du Droit romain qui a si longtemps régi ces contrées, et la jurisprudence du Nord de la France, laquelle, imbue de l'esprit coutumier, plus large et plus humain, admet la preuve des décès quelquefois avec la plus grande facilité (1). A Nantes enfin, coexistence des deux jurisprudences ; mais aussi n'est-ce pas la frontière entre les pays de droit écrit et les pays coutumiers ? Toutefois, nous n'insisterons pas sur cette divergence plus que ne le fait M. de Courcy lui-même, qui récemment (2) a reconnu que les tribunaux du Midi admettent quelquefois la preuve du décès ; tout dépend, en effet, des circonstances, dans telle hypothèse les juges peuvent hésiter à prononcer la constatation judiciaire d'un décès, dans telle autre leur conviction est entraînée ; ici, comme en bien des choses, il n'y a rien d'absolu. Mais ce qui ressort de tout ceci c'est que les tribunaux ont reconnu que l'article 46 (3)

(1) V. en sens divers : Bordeaux, 2 juin 1875, 7 fév. 25 juill. 1876 refusant d'admettre la preuve du décès. Au contraire Trib. du Havre, 9 mars 1874 constatant après 5 mois le décès de 34 personnes. — Cf. Nantes, 11 mai 1864. M. de Courcy a relevé aussi un jugement du trib. de Brest constatant à la fois 177 décès : tandis que les juges de St-Brieuc avaient rendu un jugement séparé et motivé pour chaque homme.

(2) *Questions de droit maritime*, 1885, 3^e série, p. 428 et sq.

« *De l'esprit de transaction dans le Droit* », Marseille, 27 fév. 1883 — déjà M. de Courcy avait signalé l'arrêt de Bordeaux du 6 mars 1874. Cf. Trib. d'Oran, 2, av. 1866. Naufrage du Borysthène. V. Code Rabbinnique, Eben Haezer. Trad. Sautayra et Charleville, I, p. 96.

(3) M. de Courcy s'attache à démontrer l'insuffisance de l'art. 46 et des art. 86 et 87, C. civ. toujours en se plaçant à son point de vue particulier des décès survenus en mer : beaucoup dit-il, croient qu'il suffit de considérer le rôle de l'équipage comme le registre de l'état civil des marins : cela est inexact, le rôle de l'équipage est simplement le contrat de louage

du Code civil était insuffisant, et, dans les cas où ils admettaient un décès comme prouvé, ils ont déclaré qu'ils se croyaient obligés *de combler une lacune dans la loi*. (1)

La question de la réforme législative en cette matière a été traitée récemment avec une grande autorité par M. Bufnoir au sein du *Comité des travaux historiques et scientifiques*, (2) dans la séance du jeudi 9 avril 1885 : après avoir expulsé l'état d'incertitude où se trouvent la doctrine et la jurisprudence, M. Bufnoir conclut en ces termes (2) « Sans doute le droit commun est applicable : et c'est une idée élémentaire, que les faits de l'ordre naturel à la différence des faits de l'ordre juridique admettent librement la preuve par témoins ou par présomptions de l'homme ; mais tout cela fût-il hors de controverse, il faudrait encore solliciter l'intervention du législateur pour donner à la pratique qui tend à s'établir plus de régularité et de fixité en distinguant les

du travail des hommes constatant les conditions de leur engagement (art. 450 du C. de com.) tandis que le journal du bord est un véritable registre ; mais le registre de l'état civil des marins c'est celui de leur domicile, l'art. 87 du C. civ. le démontre péremptoirement. De plus il est possible que le navire abandonné en mer soit retrouvé comme épave, et que le rôle de l'équipage soit sauvé, dans cette hypothèse le registre ne serait donc pas perdu. — D'ailleurs, lorsqu'un homme disparaît pendant la nuit, le capitaine, homme plus ou moins indécis, ne dressera pas un acte de décès, mais un simple acte de disparition. — Enfin les bateaux, et yachts de plaisance n'ont pas de rôle d'équipage, mais seulement un permis de navigation ; — dernière considération fort importante : les passagers ne figurent pas sur le rôle de l'équipage.

(1) V. l'arrêt de Marseille précité.

(2) *Section des sciences économiques et sociales* : V. le rapport de M. Bufnoir à la page 107 et suiv. du *Bulletin du Comité*, 1885. Nous avons dû la communication de ce bulletin à la parfaite obligeance de notre cher et éminent maître, communication d'autant plus précieuse que ce bulletin ne reçoit qu'une publicité fort restreinte. Nous y avons puisé la plus grande partie des développements qui vont suivre. V. un compte-rendu très sommaire du rapport de M. Bufnoir dans la *Revue générale du Droit et de la législation en France et à l'étranger*, 1885, p. 268, art. de M. J. Lefort.

hypothèses qui présentent de notables différences de fait et qu'il importe de ne pas confondre. A côté du principe encore, il y a des points importants à fixer dans l'application pratique qui peut en être faite. « J'aperçois dit encore notre éminent maître, une difficile question sur l'autorité absolue ou simplement relative qu'il convient de donner au jugement qui a admis le décès comme prouvé (1). Faut-il à ce point de vue tenir pour exacte la formule qui se rencontre fréquemment et d'après laquelle ce jugement inscrit sur les registres doit tenir lieu d'acte de l'état civil ? S'il doit en être ainsi, n'y a-t-il pas lieu d'entourer ce jugement de formalités particulières, et notamment de donner à la procédure une publicité, qui n'est point exigée dans l'état actuel des choses ? Enfin la pratique a soulevé en cette matière des questions de compétence qu'il serait opportun de trancher. » A plusieurs reprises des circulaires ministérielles cherchèrent à remédier à cet état de choses ; circulaire du ministre de la justice du 24 août 1872 adressée aux Parquets, déclarant que la constatation judiciaire des décès des marins disparus est une mesure d'ordre public que les Parquets ont le droit et le devoir de provoquer d'office. La circulaire ne visait expressément que les catastrophes ayant englouti l'équipage entier d'un bâtiment de l'État qui aurait péri corps et biens ; mais elle fut appliquée justement même en ce qui concernait les navi-

(1) V. en effet, Orléans, 9 juil. 1870, D. 72, 1, 461. Cet arrêt pose en principe que la disposition de l'article 46 n'est que l'application du principe général posé dans l'article 1348, C. civ.— la Cour admet la preuve du décès, mais remarquons ce considérant : « Attendu qu'à la différence de la déclaration de décès, qui, intervenant en vertu de la loi de 1817, et après contradiction avec le ministère public, est prononcée d'une manière générale et une fois pour toutes, la décision à rendre dans la cause n'aura d'autorité que sur la contestation particulière (il s'agissait d'intérêts pécuniaires) et entre les parties contestantes. » Le pourvoi en cassation a été rejeté. V. Dall. *ibid.* p. 462. — Comp. la critique que nous avons présentée plus haut de la théorie de Merlin, V. p.

res de commerce disparus (1). Enfin le Conseil d'État ému de ces réclamations a rédigé au commencement de l'année 1881 un projet de loi destiné à remplacer les articles 87 et 101 du Code civil (2).

Art. 87. « Si pendant le cours d'un voyage en mer ou pendant une relâche dans un port français ou étranger, une ou plusieurs personnes tombent à la mer ou disparaissent sans que le décès puisse être constaté il sera dressé un procès-verbal de disparition par l'officier chargé de la rédaction des actes de l'état civil. Ce procès-verbal sera signé par l'officier instrumentaire et les témoins de l'accident et inscrit à la suite du rôle de l'équipage.

En cas de présomption de perte totale d'un bâtiment, il sera rendu par le ministre de la marine après enquête une décision déclarant la présomption de perte du bâtiment ou la disparition partielle de l'équipage ou des passagers. — Une expédition des procès-verbaux et des décisions de disparition ou de perte sera transmise par le ministre de la marine au procureur général du ressort dans lequel se trouve le tribunal compétent pour constater le décès. Le ministère public pourra agir d'office sur la demande du ministre de la marine lorsqu'il s'agira de constater le décès d'un marin porté sur les registres de l'inscription maritime, ou celui d'une personne inscrite au rôle de l'équipage d'un bâtiment de l'État.

Dans les autres cas les parties intéressées devront se pourvoir devant le tribunal compétent dans les formes prescrites par les articles 855 et sq. Code de procédure

(1) Cf. Circulaire du ministre de la marine du 11 décembre 1878, ordonnant qu'il soit fait une enquête minutieuse sur les circonstances qui ont accompagné ou suivi les accidents à bord des bâtiments de guerre.

(2) Ce projet n'a pas encore été soumis aux Chambres.

civile, à l'effet d'obtenir la constatation du décès par décision judiciaire.

Tout jugement constatant un décès dans les circonstances ci-dessus prévues sera transcrit sur les registres de l'état civil du dernier domicile de la personne décédée, s'il est connu ou, dans le cas contraire, sur ceux du port d'armement.

Le jugement tiendra lieu d'acte de décès. »

Art. 101. « Si un cas de disparition en mer se produit dans les circonstances prévues à l'article 87, § 1, le tribunal compétent pour constater le décès sera celui du dernier domicile de la personne disparue, s'il est connu ou celui du port d'armement.

En cas de perte d'un navire ou de disparition d'une partie de l'équipage ou des passagers, il pourra être statué par un jugement collectif rendu à la requête du procureur de la République : sur la demande du ministre par le tribunal du port d'armement. Le jugement sera transcrit sur les registres de l'état civil de la commune du port d'armement et il tiendra lieu d'acte de décès. Il pourra en être délivré des extraits individuels. »

On peut remarquer que ces textes ne visent que le cas sans doute le plus fréquent, celui de naufrage ou d'accident de mer, mais non pas le cas unique ; et d'abord en présence de cette rédaction restrictive, on pourrait se demander s'il serait applicable aux accidents survenus dans un fleuve tel que celui sur lequel la Cour de Besançon eut à statuer (V. plus haut) ; de plus, il y a les cas d'incendies, de disparitions au cours d'un voyage non plus en mer, mais dans l'intérieur des terres inexplorées comme en Afrique, etc... Ici encore nous ne pouvons mieux faire que d'emprunter à M. Bufnoir les considérations suivantes : « Avant toutes choses, la loi à inter-

venir devrait consacrer expressément le pouvoir pour les tribunaux de tenir pour acquise la preuve du décès d'une personne disparue, quand cette preuve, à défaut d'acte de décès, se trouverait établie par des témoignages ou par des présomptions jugées suffisantes. Le principe posé, il y aurait lieu dans l'application de distinguer deux catégories d'hypothèses ; savoir : les cas dans lesquels, bien que le corps n'ait pas été représenté, il a pu être dressé un procès-verbal, qui, sous la surveillance de la justice, pourrait être regardé comme équivalent à un acte de décès, et les cas où, comme dans un naufrage, il n'est possible que de recourir à des témoignages ou à des indices recueillis après coup. Cette distinction se trouve fort exactement dans le projet de loi ci-dessus mentionné.

Mais il y avait peut-être à en tirer des conséquences que le projet n'en a pas tirées. Dans les cas de la première espèce, il n'y a aucun inconvénient à ce que la procédure soit simple, rapide, sans publicité particulière, et même à ce que le jugement intervenu vaille acte de décès, car en réalité on a l'équivalent d'un acte de décès. Dans le cas de la deuxième espèce au contraire, il y a plus de précautions à prendre pour éviter les erreurs possibles des délais à observer, des mesures de publicité à prescrire, comme aussi peut-être à appliquer sur la valeur du jugement le principe inscrit dans l'article 100, Code civil, savoir que le jugement ne peut être opposé à ceux qui n'y ont pas été parties ou au moins appelés. Sur la compétence on ne peut qu'approuver pour les décès en mer la disposition du projet qui l'attribue au tribunal du dernier domicile de la personne disparue ; mais dans l'hypothèse d'accidents de mines ou de rivières, il conviendrait d'approuver la

jurisprudence approuvée par la Chambre du conseil du tribunal de la Seine ; en consacrant la compétence du tribunal dans le ressort duquel l'accident s'est produit (1). »

(1) V. Bertin, Chambre du conseil, I, n° 127, jug. du 9 déc. 1854.

CHAPITRE II

DE L'ABSENCE CONSIDÉRÉE COMME CAUSE DE DIVORCE

Nous n'avons pas à reprendre l'historique de cette question en Droit romain et dans notre ancien Droit, ni surtout pendant la période révolutionnaire : nous entrons donc *de plano* dans la législation du Code civil. — Aucun texte dans le Code de 1804 ne mentionne l'absence comme une cause de divorce (V. art. 229 et suiv.). La question avait été cependant longuement discutée dans les travaux préparatoires (1), et cela à deux reprises différentes ; au titre des absents et au titre du divorce ; l'article 28, 2^e alinéa du projet de la commission de l'an VIII, réagissant contre les errements de la législation de l'époque révolutionnaire, dont les déplorables effets étaient trop présents à l'esprit de ses membres, repoussait complètement l'absence quelle qu'en ait été la durée comme cause de divorce : le tribunal de cassation dans ses observations (2) proposait au contraire cette rédaction : « l'absence seule quelle qu'en ait été la cause produira le même effet que l'*abandonnement*, c'est-à-dire pourra motiver le divorce si elle a subsisté cinq ans

(1) Fenet, VIII, p. 425 et 476 et IX, p. 317,

(2) Fenet, II, p. 476 et 484.

sans aucune nouvelle; ajoutant toutefois qu'il n'y aurait pas lieu dans ce cas aux déchéances qui furent plus tard inscrites dans l'article 299. C'était la consécration des dispositions de la loi des 20 et 25 septembre 1792, et des projets de Cambacérès.

Plus tard, au sein du Conseil d'État, nous voyons que le laps de temps de cinq ans fut immédiatement écarté comme trop court, mais on discuta sur le laps de temps de vingt ans (1) que soutenait notamment M. Berlier. Le Premier Consul proposait le délai de 10 ans en distinguant entre l'absence proprement dite et l'abandon. On revint alors sur les présomptions de mort que les tribunaux pourraient admettre lorsque l'absent se serait trouvé dans un naufrage ou un incendie. Thibaudeau combattit cette proposition, disant que rien ne serait plus dangereux chez une nation qui a des armées considérables, et qu'il valait mieux risquer de prendre quelquefois des précautions inutiles pour conserver les droits d'un homme qui serait réellement mort. Finalement, après des renvois successifs d'un titre à un autre, qui trahissent l'embarras des rédacteurs du Code, nous constatons dans les textes définitifs qu'il n'est parlé ni de l'absence ni de l'abandon comme causes de divorce (2).

(1) Le laps de trente ans était rejeté comme trop long et supprimant tout l'intérêt de la question.

(2) Quant à l'*abandon*, c'est-à-dire à l'absence qui a un *initium* injurieux pour l'époux délaissé, il ressort des travaux préparatoires qu'on le faisait rentrer dans la cause des sévices et injures graves. — Cette remarque offre de l'intérêt, car, jusqu'en 1884, l'adultère simple du mari n'était pas une cause suffisante de divorce ou de séparation de corps; or l'abandon se présente pratiquement le plus souvent comme une circonstance accompagnant l'adultère du mari et pouvant constituer une injure grave suffisante alors pour motiver le divorce, de même que la circonstance de notoriété ou de scandale dans l'interprétation de la jurisprudence.

L'*abandon* correspond à ce que Cambacérès appelait dans un langage expressif : la fuite de la maison conjugale de la femme avec un autre

Lors de la discussion du projet qui aboutit à la loi du 27 juillet 1884, rétablissant le divorce, la question se posa à nouveau de savoir si l'absence figurerait parmi les causes de divorce. Il nous paraît intéressant de reproduire ici en la résumant la discussion qui eut lieu au Sénat; on pourra la comparer avec celle du Conseil d'Etat en 1803 (1); M. Naquet défend le texte déjà voté par la Chambre des députés et inscrivant dans l'article 232 du Code civil ces mots : « L'absence déclarée sera pour l'autre époux une cause de divorce. » Il fait ressortir l'in vraisemblance de l'absence sans nouvelles pendant les cinq ou dix années qu'exige la loi, surtout avec l'état actuel des moyens de communications : et il pose ce dilemme : ou l'absent est mort, ou il délaisse son conjoint, dans les deux cas celui-ci doit pouvoir se remarier. La commission du Sénat déclare adopter la modification du projet. M. Faye demande seulement une prolongation de délai. — M. Batbie reproduit un argument présenté par Tronchet dans la discussion du Code civil : « il y aurait scandale, dit-il, à ce que l'absent de retour retrouvât ses biens, non sa femme »; il déclare la disposition profondément immorale.

La discussion fut reprise le 8 juin (2). La commission

homme ou du mari avec une autre femme. V. I et III, projets de Cambacérès.

Il pourrait arriver à l'inverse que ce soit l'époux absent qui doit être considéré comme ayant été abandonné par son conjoint : — à ce sujet les remarques suivantes sont intéressantes : dans notre ancien droit on n'obligeait pas la femme à suivre son mari à l'étranger. V. Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n° 1, disant que la femme doit plus à sa patrie qu'à son mari, dont elle n'est pas tenue d'imiter l'abjuration. On interprète plus strictement aujourd'hui les articles 213 et 214 du C. civ. toutefois on peut admettre comme valable la clause d'un contrat de mariage dans laquelle la femme stipulerait qu'elle ne serait pas tenue de suivre son mari à l'étranger. V. Troplong, *Du contrat de mariage*, n° 57, sur l'art. 1388.

(1) *Journal officiel*, Débats parlementaires, Sénat, séance du 6 juin 1884, p. 1036 et 7.

(2) V. *Journal officiel*, loc. cit. p. 1041.

du Sénat avait adopté cette rédaction : « L'absence *pourra* être une cause de divorce cinq ans après qu'elle aura été déclarée » ; ce qui aboutissait à fixer un délai de dix ou seize années en réservant la faculté d'appréciation des tribunaux.

Même ainsi mitigée M. Bathie combattit énergiquement cette disposition et, retournant le dilemme de M. Naquet, il dit : « L'absence quelque prolongée qu'elle soit n'aboutit qu'à ceci : il est incertain si l'absent est vivant ou mort. S'il est mort, on ne peut pas prononcer le divorce, car on ne divorce pas avec un mort. Le mariage est dissous de plein droit. Si le conjoint est vivant la question se subdivise : de deux choses l'une : ou il ne donne pas de nouvelles parce qu'il ne veut pas revenir, c'est le cas d'injure grave, il n'est pas besoin de loi spéciale : ou il ne donne pas de nouvelles parce qu'il ne peut pas, la demande en divorce formée contre lui serait alors souverainement injuste(1). » En réponse à l'objection tirée de la rareté d'application de la disposition demandée à cause de la facilité des communications et de la disposition de la piraterie, M. Bathie prononça ces belles paroles : « Si la barbarie a reculé, la civilisation a marché vers la barbarie et par conséquent elles se trouvent toujours en présence. » Il cita alors l'exemple tout à fait actuel de nos officiers aux

(1) S'absenter est un droit, comme disait Bourjon. Ce principe fut gravement méconnu par les lois contre les émigrés pendant la période révolutionnaire et de nos jours encore par le décret du 17 sept. 1870 qui établissait une taxe municipale sur les locaux dont les habitants s'étaient éloignés de Paris pour toute autre cause que pour service public; ce décret fut abrogé par la loi du 14 février 1872, D. 72, 4, 41. Le nom d'*émigrés* a encore été prononcé à la tribune française le 20 janvier 1887. V. la motion du député Burdeau contre les jeunes gens se présentant au concours d'admission à l'École navale après avoir fait leurs études à Jersey et à Cantorbéry dans les établissements des jésuites chassés par la loi contre les congrégations. V. le *Journal Officiel*. Débats parlementaires, 20 janvier 1887, Chambre, pp. 81 et 82.

prises avec les Pavillons-Noirs et exposés à disparaître. Il insista encore sur les inconvénients de la procédure par défaut sur des témoignages qui ne peuvent être contredits par le défendeur, en fin sur la chute des donations résultant de l'article 229 à l'encontre de l'absent, sans qu'on sache si son absence est volontaire ou forcée (1). Malgré les efforts du rapporteur, le Sénat se prononça en faveur de la thèse si éloquemment soutenue par M. Batbie.

Nous terminerons ce chapitre par l'examen rapide d'une difficulté qui n'offre d'ailleurs qu'un intérêt historique : Avant la loi de 1854 abolitive de la mort civile l'espèce suivante pouvait se présenter : Un des époux a été condamné par contumace à une peine emportant la mort civile. D'après l'article 27, Code civil, les condamnations par contumace n'emportaient la mort civile qu'après l'expiration du délai de cinq années depuis l'exécution du jugement par effigie.

Or supposons qu'à ce moment l'existence du condamné fût devenue incertaine ; devait-on réputer la mort civile encourue et par suite son mariage dissous ? On a discuté sur ce point, mais la question pouvait se trancher par un dilemme aboutissant nécessairement à la dissolution du mariage. En effet quel était le motif de douter en ce qui concerne l'application de la mort civile ? c'est que disait-on, le condamné est peut-être mort, et qu'il serait déraisonnable de superposer à la mort naturelle une mort civile. Mais de deux choses l'une : ou bien effectivement cet individu est mort dans l'intervalle des cinq ans et son mariage est dissous, ou bien il a survécu, mais alors la

(1) La Chambre des députés n'avait pas eu la même prévoyance qu'avait montrée le tribunal de cassation dans ses observations en l'an IX, V. pl. h., p. 62.

mort civile doit le frapper et son mariage est encore dissous (1).

(1) Remarquons que même avant 1816 le conjoint du condamné n'aurait pas eu la ressource de demander le divorce sans attendre l'expiration du délai de cinq ans. en se fondant sur l'art. 232. C. civ. En effet l'art. 261 C. civ. exigeait la présentation d'un certificat de la Cour d'assises portant que le jugement n'était plus susceptible d'être réformé *par aucune voie légale* : Or le condamné par contumace en se représentant dans le délai de 5 ans anéantissait de plein droit le jugement, art. 29 C. civ. — L'art. 261 nouvelle rédaction, loi du 25 juillet 1884) dit *in fine..... par les voies légales ordinaires*. (V. les observations de M. Ronjat). Enfin l'art. 4 de la loi du 18 avril 1886 *sur la procédure en matière de divorce et de séparation de corps* abroge les art. 253 à 274 du C. civ. et par conséquent l'art. 261.

CHAPITRE III

DE LA NULLITÉ DU SECOND MARIAGE CONTRACTÉ PAR LE CONJOINT D'UN ABSENT

Revenant à notre point de départ, nous constatons à nouveau que l'absence quelque prolongée qu'elle soit n'est jamais dans notre droit une cause de dissolution du mariage. Cette règle combinée avec l'insuffisance de notre législation en matière de preuve du décès d'un individu disparu, aboutit à un résultat fort dur, et qu'il est même permis de trouver peu juste et peu raisonnable; mais il y a là une question de législation qui trouvera mieux sa place dans l'étude de droit comparé que nous nous proposons de faire comme conclusion de cette première partie de notre travail. — Nous renfermant dans le droit positif nous devons nous préoccuper de l'hypothèse où la femme d'un absent ne pouvant se résoudre à demeurer plus longtemps dans cette situation étrange, qui n'est à proprement parler ni le mariage, ni le veuvage, réussit à se faire passer cependant pour célibataire ou pour veuve et contracte une nouvelle union.

Ce second mariage est-il nul, et peut-il être attaqué dès maintenant, c'est-à-dire durant l'absence du pre-

mier mari(1)? Au contraire faut-il subordonner l'ouverture de l'action en nullité à la preuve préalable de l'existence de l'absent au jour où le second mariage a été contracté? Et dans ce cas à qui appartient l'action en nullité?

Un premier point est certain : Les rédacteurs du Code civil ont entendu maintenir la maxime célèbre de l'avocat général Gilbert Desvoisins, que leur avait léguée notre ancienne jurisprudence : « L'incertitude de la mort de l'un des époux ne doit jamais suffire pour contracter un mariage nouveau, mais elle ne doit jamais suffire pour troubler un mariage contracté. »

Donc, tant que durera l'absence du premier mari, nul ne pourra attaquer le second mariage de son conjoint. L'article 139 et les travaux préparatoires suffisent à le démontrer sans qu'il soit besoin d'y insister. La difficulté, au contraire est très grande de savoir à qui appartient l'action en nullité de ce second mariage lorsqu'il est prouvé qu'au jour de sa célébration l'absence du premier mari avait cessé, parce que celui-ci existait réellement à cette époque.

Une distinction s'impose : Si la femme présente a contracté un nouveau mariage de mauvaise foi, c'est-à-dire n'ayant aucun motif plausible de se croire veuve (2), il y a crime de bigamie dont la poursuite sera exercée d'après les règles du droit commun. — Ne nous occupant que du droit civil, nous disons que ce mariage n'a été contracté en fraude de l'article 147 ; sa nullité peut être demandée par tout intéressé et par le ministère public. (V. art. 184 et sq.) Mais l'hypothèse la plus intéressante est celle où la femme s'est remariée de

(1) Pour faciliter l'exposition nous supposerons le cas, d'ailleurs le plus fréquent, où l'époux absent est le mari.

(2) Nous préciserons plus loin le caractère que doit revêtir l'exception de bonne foi que cette femme voudrait opposer.

bonne foi, par exemple après avoir obtenu une constatation judiciaire du décès de son mari, d'après des témoignages ou des présomptions dont l'événement démontre la fausseté ou l'erreur : C'est alors que se pose véritablement la question de la nullité du second mariage contracté par le conjoint d'un absent. Les articles 184 et sq. (Chap. IV, du *Tit. du mariage*), sont-ils encore applicables ; ou faut-il admettre une dérogation à cette théorie générale des nullités de mariage ?

Pour que la question puisse même se poser, il semblerait que le législateur ne se soit pas expliqué sur ce point et que l'on ne tire les motifs de douter que de la différence des situations ; car, si au titre de l'absence nous trouvions un texte spécial, il faudrait bien évidemment l'appliquer : *generalis lex specialis derogat*. — Or, précisément au titre de l'absence (sect. III du chap. III : *Des effets de l'absence relativement au mariage*) les rédacteurs du Code civil ont inséré un article 139 ainsi conçu : « L'époux absent dont le conjoint a contracté une nouvelle union sera seul recevable à attaquer ce mariage par lui-même ou par un fondé de pouvoir muni de la preuve de son existence. » Ce texte est parfaitement clair, Il en est peu cependant qui ait donné naissance à plus de controverses. — La volonté de la loi apparaît à nos yeux bien nette : L'époux présent, trompé par de fausses attestations de la mort de son conjoint, s'est remarié ; le temps s'écoule, une famille se fonde à la place d'un foyer désert, tout à coup celui que l'on croyait mort reparaît : ses droits sont incontestables, mais bien des considérations diverses peuvent se presser dans l'esprit de cet homme ; par des motifs que nous ne pouvons ni déduire ni même apprécier, il préfère s'éloigner à nouveau plutôt que d'arracher celle qui fut autre fois son épouse à des

liens et à des affections qu'il craint de ne pouvoir jamais lui faire oublier. Il veut à tout prix que le silence se fasse autour de ces événements extraordinaires. — Nous nous proposons donc de soutenir que conformément à l'article 139 du Code civil, l'absent seul demeure maître d'attaquer le second mariage de son conjoint, soit qu'il exerce en personne l'action en nullité, soit qu'il donne mission à cet effet à un fondé de pouvoir satisfaisant d'ailleurs aux conditions exigées par l'article 139.

Ce système qui donne du texte même de la loi une interprétation si simple, et se présentant si naturellement à l'esprit, n'a pas été accepté, nous sommes obligé de le reconnaître par la majorité des auteurs, du moins en France, et par la jurisprudence; il a cependant trouvé des défenseurs à toutes les époques. Nous citerons comme contemporains du Code civil Merlin et Toullier (1), plus tard Vazeille et Bellot des Minières.

Il est à remarquer que les deux plus grands jurisconsultes, appartenant à des nations étrangères, qu'aient étudié notre Code civil, ont professé cette doctrine : l'un est l'auteur allemand Zachariæ, qui, le premier peut-être, s'efforça de classer les dispositions de notre Code civil d'après une méthode si originale et vraiment scientifique (2), méthode qui fut suivie plus tard par ses premiers traducteurs et annotateurs MM. Aubry et

(1) Merlin, *Rép.* V^o *abs.* sur l'art. 139. Toullier, I, n^o 485, 528 et 9. Duvergier sur Toullier, I, n^o 485, note a. Vazeille, *Du mariage*, I, n^o 225.

(2) V. Zachariæ, Édit. Massé et Vergé, I, p. 160 et 161. Ce système est admis sans difficulté par tous les auteurs allemands qui ont étudié notre droit. V. la 6^e édit. de Zachariæ par E. S. Puchelt, Heidelberg, 1875, I, p. 393 et note 6. Hinschius, *Das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung vom 6^e februar 1875*. Berlin 1876, p. 119 et 120. — Sicherer, *Personenstand und Eheschließung in Deutschland*. Erlangen, 1881, p. 223. *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes*. Eug. Huber, Basel. 1886, I, p. 124. Rittner, *Oesterreichisches Eherecht*, Vienne, 1876, p. 295, note 9.

Rau. — Le second est M. Laurent (1) ; et l'autorité de l'éminent professeur a d'autant plus de poids qu'en étudiant notre Code civil, il interprète en même temps sa loi nationale, puisque la Belgique est encore régie en principe par le Code Napoléon, et qu'aucune loi n'est venue dans ce pays apporter de modification à la matière que nous traitons. — Nous devons d'abord établir notre système sur une base solide, puis et surtout répondre aux objections de nos adversaires : et nous rangeons sous cette dénomination tous ceux qui n'admettent pas l'interprétation absolument restrictive de l'article 139, c'est-à-dire qui ne font pas de l'action en nullité contre le second mariage de l'époux présent un privilège pour l'absent de retour, mais accordent l'action à divers autres intéressés, sous la réserve de grandes divergences d'opinion entre eux, soit sur le nombre et la qualité des personnes à qui appartiendra l'action en nullité, soit quant aux conditions sous lesquelles leur action sera recevable.

A vrai dire le fondement de notre théorie est incontesté, il réside dans les termes très formels de l'article 139 que nous transcrivons une deuxième fois : « l'époux absent dont le conjoint a contracté une nouvelle union sera seul recevable à attaquer ce mariage par lui-même ou par un fondé de pouvoir muni de la preuve de son existence. » Nous le répétons : il est impossible d'y voir la moindre ambiguïté dans les termes :

Nos adversaires croient pouvoir répondre à notre argument tiré du texte même de l'article 139 en invoquant les travaux préparatoires.

(1) *Principes de droit civil*, II, p. 316 ; Cf. *Pandectes belges* de E. Picard et N. Hoffschmidt, Bruxelles, 1878, I, V. absence, n° 363 et sq. — *Contrà*. Arntz, I, n° 260.

L'article 27 du projet portait que : « si néanmoins il arrivait que le conjoint de l'absent eût contracté un nouveau mariage, il ne pourrait être dissous sous le seul prétexte de l'incertitude de la vie ou de la mort de l'absent et tant que l'époux absent ne reparait pas ou ne réclame pas par un fondé de pouvoir spécial muni de la preuve positive de l'existence de l'époux. » M. Bérenger fit observer que ce texte était en contradiction avec le précédent, l'article 26, qui statuait que l'absence de l'un des époux n'autoriserait en aucun cas l'autre époux à contracter un nouveau mariage, puisque l'article 27 supposait qu'un tel mariage avait pu être contracté. Il lui fut répondu par Tronchet que ces deux articles ne se contrariaient pas, mais qu'ils érigeaient en loi les belles maximes de l'avocat général Gilbert Desvoisins : « L'incertitude de la mort de l'un des époux ne doit jamais suffire pour contracter un mariage nouveau, mais elle ne doit jamais suffire aussi pour troubler un mariage contracté. » M. Thibaudeau dit alors que quoique la sagesse de ces maximes ne puisse pas être contestée il y a cependant quelque inconvénient dans la manière dont elles sont révisées et l'exception présente une contradiction trop formelle avec la règle. Il ne faut pas que la loi en prévoyant la possibilité d'un tel mariage paraisse l'autoriser ouvertement, elle ne doit que présenter un remède pour un cas qui peut arriver.

Le consul Cambacérès propose d'effacer l'article 26, d'énoncer d'abord la disposition de l'article 27 et de rédiger ainsi la fin de cet article : Néanmoins si l'époux absent se représente le mariage sera déclaré nul. M. Thibaudeau dit alors qu'il rédigera un article dans ce sens que l'époux absent pourra seul attaquer le mariage de son conjoint.

Le procès-verbal de la séance se termine par ces mots :

« la proposition du consul Cambacérès est adoptée. »

Les auteurs qui combattent notre opinion s'emparent de ces derniers mots pour soutenir que la nullité du second mariage contracté par l'époux présent est une nullité absolue ; au reste, disent-ils, les rédacteurs du Code civil ont entendu maintenir le dernier état de notre ancien droit tel qu'il était formulé par la maxime de Gilbert Desvoisins qui a été expressément rappelée dans la discussion : sans méconnaître la gravité de cette argumentation, que nous avons reproduite en toute sincérité, nous croyons qu'elle ne peut suffire à résoudre le problème. Et d'abord, avec M. Laurent (1), nous ferons remarquer que la difficulté même qui nous occupe n'a pas été soulevée dans la discussion : « Cambacérès entend-t-il trancher la question de savoir par qui la nullité pourra être demandée ? en aucune façon. Tout ce qu'il veut c'est rédiger l'article du projet plus clairement. Évidemment le conseil adopte la proposition de Cambacérès telle qu'elle venait d'être interprétée et formulée par Thibaudeau. (2) » Quant à la maxime de l'avocat général Gilbert Desvoisins, il ne faut pas en exagérer la portée, son but direct est d'écarter l'action en nullité tant que dure l'absence ; hors de là la question de savoir à qui appartient l'action en nullité lorsque l'absence a cessé reste entière : toutefois nous sommes prêts à reconnaître que si l'article 139 contenait cette formule : « le mariage contracté par l'époux d'un absent ne peut être attaqué tant que dure l'absence, (3) » nous nous inclinerions immédiatement.

(1) Tome II, p. 316 et sq.

(2) Lors des discussions ultérieures quand le projet revint avec la rédaction de Thibaudeau, nulle protestation ne se fit entendre. V. Fenet.

(3) Telle est précisément la rédaction de l'article 113, 2^e alin. du *nouveau Code civil Italien*. Mais ici la controverse n'est plus possible, le législateur en abandonnant la formule de l'article 139 C. civ. a clairement manifesté

Mais le texte de l'article 139 est conçu bien différemment ; il désigne expressément qui pourra agir en nullité ; et en pareille matière il n'est pas permis d'ajouter à la loi. — De plus, quel est le conseiller d'Etat qui a rappelé dans les discussions la célèbre maxime ? C'est précisément Thibaudeau, celui-là même qui, à la fin de la séance déclara, qu'il rédigerait un article dans ce sens que l'époux absent pourrait seul attaquer le mariage de son conjoint. Il faut avouer que cette remarque n'est pas faite pour jeter beaucoup de lumière au milieu d'une discussion fort obscure par elle-même. Au surplus cette discussion fût-elle parfaitement claire, l'intention de Thibaudeau eût-elle concordé avec celle de Cambacérès, et tous deux eussent-ils voulu fermement que le second mariage fût nul d'une nullité absolue dès que l'absence aurait pris fin, nous répondrions que rien de tout cela ne saurait prévaloir contre le texte formel de l'article 139. En effet, est-il besoin d'insister sur ce point élémentaire, que les véritables auteurs du Code civil, se sont les membres du Corps législatif, lesquels n'ont point assisté aux discussions du Conseil d'Etat ? Or l'interprétation que nous donnons de l'article 139 n'est-elle pas celle qui dut venir le plus naturellement à leur esprit lors de la lecture du projet qu'ils étaient appelés à convertir en loi ? Enfin devant le Corps législatif lui-même, l'un des orateurs les plus éminents, M. Bigot de Préameneu, chargé de présenter les motifs du titre de l'absence, s'exprima en ces termes d'une netteté absolue : « On a voulu dans la loi proposée, que le mariage contracté pendant l'absence *ne pût être*

son intention de rentrer dans le droit commun des articles 184 et sq. C. civ.

V. *Instituzioni di diritto Civile Italiano*, p. E. Pacifici Mazzoni, Florence 1874, I, p. 190 et *I Motivi del Codice civile del regno d'Italia*, G. Foschini, Turin, 1868, p. 185.

attaqué que par l'époux même à son retour ou par celui qui serait chargé de sa procuration (1).

Tel est le commentaire qui accompagna l'article 139 au moment du vote : peut-on lui opposer maintenant l'obscur discussion qui eut lieu dans une séance du Conseil d'État ?

Cependant, nous le répétons, l'opinion commune, en France du moins, semble s'être fixée en sens contraire aux droits que nous venons d'établir. Mais voyons quel désarroi règne dans le camp de nos adversaires (2) : Les uns, et nous l'avouons ce sont les plus logiques, appliquent purement et simplement le système des nullités de mariage tel qu'il est exposé par les articles 184 et suivants du Code civil. Ces auteurs décident qu'il suffit de prouver l'existence de l'absent au jour de la célébration du second mariage et qu'il importe peu qu'il soit mort ultérieurement ; le second mariage peut être attaqué par les deux époux du second mariage, par toute personne ayant un intérêt né et actuel, enfin par le ministère public à qui même l'article 190 en fait une obligation.

Cf. le discours du tribun Huguet devant le Corps législatif, et celui de M. Leroy devant le tribunal, Séance du 21 ventôse an XI, où nous lisons ces mots : « La faculté d'attaquer une nouvelle union est laissée à l'époux absent ; mais elle est bornée à lui seul ou à son fondé de pouvoir. Il eût été peu sage de multiplier les occasions de procédures toujours scandaleuses. »

(2) V. Valette sur Proudhon, I, p. 302, obs. 2. Remarquons que Proudhon lui-même ne se prononce pas sur la question : il semble cependant appliquer les termes restrictifs de l'article 139. Demolombe, *de l'absence*, n° 264 et les auteurs par lui cités. Telle paraît être également l'opinion de la jurisprudence, qui n'a pas d'ailleurs eu à statuer à proprement parler sur la question ; il résulte toutefois de quelques décisions rendues en cette matière que les tribunaux admettent l'action en nullité exercée par les intéressés sous la seule condition qu'ils établissent la coexistence des deux mariages. V. Cass. 18 avr. 1838, aff. Desailly, Dall. 38, 1, 266. — V. cep. dans le sens de notre opinion le rapport de M. le conseiller Moreau, Cass. 21 juin 1831, aff. Blanc. D. 31, 1, 202, Cf. D. 69, 1, 451 note sur l'arrêt de Cass., du 7 avr. 1869, aff. Meyrel.

Un tel système tranche la difficulté par un moyen théorique ou plutôt il la supprime, car l'article 139 devient absolument lettre morte, attendu que les principes élémentaires du droit (art. 1315) exigeaient cette preuve de l'existence de l'absent lors du convol de l'époux présent, en un mot de la coexistence des deux mariages (1). Cette raison péremptoire nous l'empruntons aux défenseurs très autorisés d'une autre théorie qui, désireuse de faire à l'article 129 sa part d'application, distingue deux hypothèses : ou bien l'absent n'est pas de retour et quoique les intéressés offrent de prouver son existence la loi déclare leur action non recevable, parce que disent MM. Aubry et Rau (2), si le retour de

(1) Si telle était l'intention des rédacteurs du Code, pourquoi n'ont-ils pas renvoyé au ch. IV du titre du mariage, lequel était en discussion à la même époque que le titre des absents (ces deux lois portent les dates des 24 et 26 ventôse, an XI ? — au titre du mariage les travaux préparatoires montrent que l'on s'est uniquement occupé de proscrire la bigamie ; il n'a été fait nulle allusion à l'absence. V. l'exposé des motifs de Portalis.

(2) Aubry et Rau, I, p. 635, Comp. Demante, encyclop. du droit de Sébire et Carteret ; mais ce dernier auteur se sépare de la doctrine de MM. Aubry et Rau en ce qu'il limite l'action en nullité des divers intéressés autres que l'absent lui-même à la durée de la vie de l'absent, de telle sorte que, si l'on apprend que la mort de celui-ci est survenue à une époque postérieure à la célébration du second mariage, nul ne peut l'attaquer. Cette distinction est arbitraire ; d'ailleurs, puisque nous repoussons la base même du système, nous n'avons pas à insister sur la réfutation des théories adjacentes. — M. Demante combat le texte même de l'article 139 par un argument qui peut paraître singulier : « La loi, dit-il, n'a pas énoncé qu'elle accordait l'action aux deux époux du second mariage parce que leur droit est évident. — Mais alors le droit de l'absent n'est-il pas encore plus évident ? Pourquoi la loi l'a-t-elle expressément mentionné ? Tirer du silence de l'art. 139 relativement aux autres intéressés un argument *à fortiori* en leur faveur, c'est là une déduction pour le moins étrange. Enfin nous devons signaler une autre opinion particulière de cet auteur d'après laquelle le conjoint de l'absent qui s'est remarié doit, dès qu'il apprend l'existence de celui-ci, cesser de cohabiter avec son second conjoint et au besoin requérir à cet effet un jugement. Cf. dans l'ancien droit d'Aguesseau, 23^e plaidoyer, toutefois il ajoute que cette proposition peut paraître moins évidente dans le for extérieur que dans le for de la conscience. — Les causes de séparation de corps sont limitativement déterminées. V. Laurent, *op. et loc cit.*, de plus ce serait mécon-

de l'absent établit d'une manière irréfragable son existence, il n'en est pas de même des moyens plus ou moins concluants à l'aide desquels on chercherait à justifier l'existence d'une personne qui n'a pas reparu à son domicile ; et l'on comprend, ajoutent-ils, que le législateur n'ait pas voulu faire dépendre le sort d'un mariage d'élément de preuve dont l'appréciation ne serait pas à l'abri de toute chance d'erreur, ou l'absent est de retour alors le droit commun s'applique (art. 184 et sq. C. civ.).

Nous ne méconnaissions pas la valeur intrinsèque de ces considérations, mais nous constaterons une chose, c'est que, sous prétexte d'appliquer l'article 139 elles le rendent absolument inintelligente : en effet, que disent MM. Aubry et Rau, que le législateur n'a pu admettre qu'une seule preuve de l'existence de l'absent, celle qu'il fournit par sa présence elle-même ? Or l'article 139 suppose expressément que l'action peut-être exercée par un fondé de pouvoir de l'absent muni de la preuve de son existence ; — cette preuve est donc considérée par la loi comme possible (1). Le système que nous combattons soulève une autre difficulté : que faudra-t-il entendre par le retour de l'absent ? Sera-ce le retour en France, ou le retour dans la ville ou la localité habitée par les nouveaux époux, ou simplement son retour dans le pays ? Il y aurait là une appréciation de fait bien délicate. — Quittons le terrain des textes pour entrer dans le domaine des considérations : C'est, en effet, surtout par des considérations que tous nos adversaires se réunissent pour combattre notre interprétation de l'article 139.

naître le droit du second conjoint d'opposer la nullité du premier mariage. V. art. 306, 229 à 232, art. 189.

(1) De plus au cas de bigamie proprement dite n'est-il pas certain que la preuve de l'existence du premier mari au jour de la célébration du second mariage, et de la mauvaise foi de l'époux coupable, ne suppose pas nécessairement le retour effectif de celui que son conjoint a fait passer pour mort ?

Ils s'élèvent contre le scandale qu'il y aurait, disent-ils, à voir cette femme cohabiter avec deux hommes, dont chacun pourrait se dire le mari légitime, et à l'égard de qui se dresseraient deux présomptions parallèles de paternité : En un mot, comme le dit Marcadé avec cette vivacité de langage trop connue et que nous atténuons, ce serait la consécration légale de la bigamie. Nous répondrons successivement aux trois objections tirées de la bigamie, du scandale et du concours des deux présomptions de paternité. (1)

Et d'abord que faut-il entendre par *bigamie* ? (2) Les criminalistes s'accordent pour dire que la bigamie consiste dans le fait d'avoir *contracté* un second mariage sachant que le premier n'était pas dissous. Dans cette disposition nous relevons trois éléments constitutifs de ce crime : L'existence d'un premier mariage non dissous. — Le fait d'une célébration d'un deuxième mariage ; enfin, la mauvaise foi ou l'intention criminelle (3). Or, ce troisième élément fait défaut dans

(1) Nous pourrions nous borner avec M. Laurent à renvoyer le reproche au législateur, mais nous croyons être en mesure de répondre directement aux objections soulevées.

(2) V. Legraverend, *Législ. crim.*, II, p. 107, et *Répert. du dr. crim.* de Morin, V. *Bigamie*.

(3) On sait que le Code pénal de 1791 portait expressément qu'en cas d'accusation de ce crime (de bigamie) *l'exception de la bonne foi* pourra être admise lorsqu'elle sera prouvée. Si celui de 1810 n'a pas reproduit textuellement cette expression, c'est moins pour la défendre, a dit l'orateur du Corps législatif, que parce qu'il est inutile de l'énoncer, « elle est de droit commun ; elle est consignée dans ce principe antérieur à tous les Codes, que là où il n'y a point de volonté il n'y a point de crime. » Mais la bonne foi n'est pas présumée, elle doit être prouvée par l'individu prévenu de bigamie, elle réside, a dit la Cour de cassation (24 frimaire an XII), non dans les motifs quelque forts qu'ils soient qui peuvent déterminer à un second mariage pendant l'existence du premier, mais dans l'opinion raisonnable, fondée sur de fortes probabilités qui portent à croire à la dissolution du premier mariage, par exemple sur telles et telles circonstances de fait, que l'époux présent n'a pu faire considérer par un tribunal comme suffisantes pour permettre la rédaction d'un acte équivalent à un acte de décès, ou que peut être il n'a pas cru devoir soumettre à l'examen du tribunal ; c'est là une pure question d'appréciation de la part des juges saisis de la

l'hypothèse sur laquelle nous discutons : l'article 139 vise le cas où le second mariage a été contracté de bonne foi ; sinon les articles 184 et suivants trouveraient sans difficulté leur application ; ainsi que l'article 340 du Code pénal. — Mais lorsque le second mariage a été *célébré* de bonne foi, il n'y a pas crime de bigamie, et il n'y aura jamais crime de bigamie, lors même que l'existence du premier mariage non dissous viendrait à être ultérieurement connue ; c'est ce qui découle par *à fortiori* de cette décision certaine, que la *bigamie* n'est pas un crime *successif* et qu'il se prescrit en conséquence du jour même de la célébration du mariage. — Nous avons cité déjà l'article 189 du Code civil qui permet aux nouveaux époux d'opposer la nullité du premier mariage, question qui doit être jugée probablement, non par la Cour d'assises, mais par le tribunal civil. Ce droit leur appartient *à fortiori* lorsque le second mariage a été contracté de bonne foi.

La bigamie étant écartée en droit, reste l'objection tirée du fait, du scandale que produira la cohabitation de cette femme avec ses deux maris ; c'est pourquoi, dit-on, il est de toute nécessité que l'on reconnaisse au ministère public le droit d'agir. A cela nous ferons plusieurs réponses : et d'abord est-il bien exact de dire qu'il est dans la mission du ministère public de poursuivre tous les scandales ? On suppose que cette femme vivra publiquement avec ses deux maris ; mais en quoi le scandale sera-t-il plus grand que dans le cas où un

poursuite du crime de bigamie ; la circonstance que l'époux présent aurait précédemment échoué dans sa demande en constatation judiciaire du décès de son conjoint ne serait pas suffisante pour qu'ils doivent le considérer nécessairement comme étant de mauvaise foi. — D'autres motifs ont pu postérieurement à cette instance venir s'adjoindre à ceux qu'il avait déjà de croire l'absent mort ; et d'ailleurs la perte d'un procès peut ne pas faire perdre la bonne foi dans la justice de sa cause.

mari laisse sa femme vivre publiquement dans l'adultère ? Les Romains il est vrai et notre ancien Droit punissaient le crime de *lenocinium* ; mais qui s'outiendra qu'il en est encore de même actuellement ? De plus pour quoi bornerait-on l'action du ministère public au cas où il y a scandale ? De deux choses l'une ; ou c'est l'article 139 qui est applicable, et il l'est seul, le ministère public n'a jamais l'action en nullité ; ou c'est la théorie générale des articles 184 et suivants du Code civil, or l'article 193 prescrit impérativement au ministère public d'attaquer le second mariage et de faire condamner les époux à se séparer, ne serait-ce pas alors le cas d'appliquer ces sages paroles de Portalis : « Il y a souvent plus de scandale dans les poursuites indiscretes d'un délit obscur, ancien ou ignoré qu'il n'y en a dans le délit lui-même (1) ».

On ajoute quelquefois qu'avec notre interprétation de l'article 139 rien ne sera plus facile que le divorce par consentement mutuel, qu'il suffira à l'un des époux de disparaître pendant quelque temps, à l'autre de le faire passer pour mort pour contracter un nouveau mariage. — Nous ferons remarquer que dans une législation qui comme la nôtre depuis la loi du 27 juillet 1884 assimile l'adultère du mari à celui de la femme, il est un moyen plus simple encore de violer la loi (2). Il se tire de cette constatation de nos mœurs, que le mari, qui se prête-

(1) Exposé des motifs du titre du mariage.

(2) V^o Bentham, *Traité de la législat. civile et crim.* Edit. Et. Dumont. I, p. 393 et 4. « En Suède le divorce est permis pour adultère de l'homme ou de la femme, ce qui revient au même que s'il était permis par consentement mutuel. En Danemark il en est de même, à moins que l'on ne prouve la collusion. — Ce moyen serait même plus efficace parce qu'il permettrait aux deux époux de se remarier chacun de leur côté ; tandis que très certainement l'absent qui n'a pas voulu attaquer le second mariage de son conjoint ne pourrait pas se remarier ; la situation peut paraître étrange, mais c'est lui-même qui se l'est créée en préférant garder le silence.

rait à l'accusation d'adultère de la part de la femme pour arriver au divorce, n'encourrait pas dans l'opinion publique le déshonneur qu'une telle plainte ferait au contraire rejaillir contre la femme coupable. — De plus on s'exagère le danger en notre matière ; il ressort en effet des explications que nous avons fournies sur les peines de la bigamie et le caractère de l'exception de bonne foi que ni l'époux présent, ni l'officier de l'état civil ne se prêteront facilement à une telle fraude.

Mais nous emprunterons à M. Laurent (1) la meilleure réponse que l'on puisse faire à l'objection tirée du scandale : « Plaçons-nous dans la réalité des choses, dit l'éminent jurisconsulte, le nouveau mariage est contracté pendant l'absence du conjoint. Pour que l'officier de l'état civil ait consenti à célébrer cette union, il faut supposer que l'absent est considéré comme mort à ce point que l'on a oublié qu'il ait jamais existé. Il vit cependant et il reparaît ; mais il reparaît sans être connu de personne là où son conjoint a contracté mariage. Donc nul scandale : il se décide à garder le silence pour ne pas troubler l'union nouvelle de son conjoint. Lui n'agissant pas, personne ne saura qu'il y a ja-

(1) V. Laurent, *Principes de droit civil français*, II, p. 318, et *Droit civil international*, IV, n° 299. Ainsi que nous l'avons montré, notre système est battu en brèche principalement sur le terrain des considérations morales ; et à ce point de vue l'autorité de M. Laurent nous est d'un bien grand appui, on ne peut pas en effet objecter que s'il interprète ainsi l'art. 139 c'est qu'il s'y croit forcé par la rédaction restrictive du texte sans en approuver l'esprit, car dans son *Avant projet de révision du Code civil* pour la Belgique, M. Laurent maintient et consacre définitivement son système en des termes supprimant toute controverse :

Art. 130. — L'absence de l'un des époux quelque longue qu'elle soit n'autorise pas l'autre à contracter un nouveau mariage ; il ne pourra y être admis que sur la preuve positive du décès de son conjoint.

Art. 131. — Si néanmoins il arrivait que l'époux présent contractât un nouveau mariage, la nullité n'en pourrait être demandée *en aucun cas* que par l'absent, ou en son nom par un fondé de procuration spéciale muni de la preuve de son existence.

mais en un premier mariage. Où est donc le scandale? Le scandale serait dans une action en nullité que des collatéraux viendraient intenter, alors que le principal intéressé croit devoir garder le silence. C'est donc pour éviter le scandale que la loi s'en rapporte à l'absent. Lui seul peut apprécier la conduite de son conjoint. Est-elle réellement scandaleuse il agira; ne l'est-elle pas, il ne provoquera pas le scandale. Où est donc l'immoralité de la loi?» — Cette page même de M. Laurent contient la réfutation par avance de la troisième objection que l'on nous oppose, et qui est tirée de la coexistence de deux présomptions de paternité parallèles au profit ou à l'encontre de chacun des deux maris.

On suppose gratuitement le désordre et l'immoralité de l'absent, de son conjoint et du second mari.

Ajoutons que la réponse directe à cette objection nous est fournie par à nos adversaires eux-mêmes: Et d'abord aux yeux des purs principes quelle est la situation du second mariage? Est-il nul de plein droit? Non sans doute, il n'y a de tel que celui qui n'a pas été régulièrement célébré, quant aux solennités requises (2), et ce qui le prouve c'est l'article 189 qui, sans distinguer entre la bonne et la mauvaise foi des époux, leur permet d'opposer la nullité du premier mariage, laquelle, si elle était prononcée, rendrait le second inattaquable sans qu'il soit besoin d'une deuxième célébration; ce point mis de côté, le second mariage est seulement annulable, mais il doit être respecté tant qu'il n'est pas attaqué.

Voici ce que nous lisons dans le Répertoire alphabétique de Dalloz, V^o adultère n^o 92, 2^e alinéa : « La femme

(2) V. Cassation, 30 août 1832; D, 32, 1, 394. — Cet arrêt relate les termes restrictifs de l'art. 139, mais écarte immédiatement ce texte par le motif que dans l'espèce la preuve d'une célébration régulière du second mariage n'était pas fournie. Cf. D. 69, 1, 449. note.

remariée durant l'absence de son premier mari mal à propos réputé mort pourra en cas d'infidélité envers son second époux être poursuivie en adultère sur la plainte de celui-ci, nonobstant la preuve acquise avant ou après l'adultère de l'existence de l'absent, et tant que la nullité du second mariage n'aura pas été prononcée ; mais il appartiendra évidemment au premier mari qui aura fait déclarer cette nullité d'arrêter l'effet de la condamnation portée contre sa femme.» Cette dernière solution a quelque chose d'étrange, mais notre matière elle-même est exceptionnelle, d'autre part le second mari n'aurait plus qualité pour arrêter l'effet de cette condamnation.

Il y a plus ; on va jusqu'à décider, ce qui est parfaitement logique, que l'absent lui-même de retour doit respecter le second mariage de son conjoint jusqu'à ce qu'il l'ait fait annuler : d'où cette conséquence que s'il cohabite avec sa femme auparavant, le second mari pourra poursuivre la femme comme adultère et le premier mari comme complice ; mais alors celui-ci ne manquant pas d'exciper de la nullité du second mariage, la juridiction correctionnelle devra surseoir à statuer jusqu'à ce que la juridiction civile ait tranché cette question préjudicielle, — le moyen préjudiciel profitant dans ce cas à la femme (1) : Dalloz, *op. et loc. cit.* n^{os} 16 et 17 conteste même cette dernière solution comme inconciliable avec l'idée émise tout d'abord qu'il y a adultère dans les relations rétablies entre la femme et son premier mari avant l'annulation du second mariage. « Cette annulation sera sans doute prononcée si le premier mari le requiert, mais il devait, jusqu'à ce qu'il eût obtenu un jugement sur ce point, respecter le second mariage dont l'existence légale suspendait, jusqu'à ce qu'il eût été judiciairement

(1) *Encyclopédie du droit* de Sébire et Carteret, article de M. de Vatismesnil sur l'adultère n^o 6 et 8 et article sur l'absence de M. Demante.

dissons tous les effets du premier. L'annulation du second mariage ne ferait donc pas disparaître le délit commis antérieurement, et dès lors le tribunal correctionnel ne saurait s'arrêter à une exception dont la solution quoique favorable au défendeur n'effacerait nullement sa culpabilité et pourrait seulement constituer une circonstance atténuante. » Que résulte-t-il de tout cela ? sinon que jusqu'à l'annulation du second mariage il ne saurait y avoir qu'une seule présomption de paternité *Puter is est*..... au regard du second mari, notwithstanding le rétablissement anticipé des relations entre la femme et l'absent de retour, car si ces relations sont considérées comme un commerce adultérin, comment le fruit en serait-il légitime (1) ?

Toutefois nous reconnaissons qu'il y aurait peut être quelque exagération à maintenir les conséquences pénales de l'adultère même au cas où le premier mari exciperait de la nullité du second mariage ; mais ce que nous affirmons, c'est que la loi veut que le premier mari respecte ce second mariage tant qu'il n'a pas fait prononcer la nullité : (2) cela suffit pour que la présomption de paternité n'existe qu'à l'égard du second mari. Il n'est pas besoin d'ajouter que celui-ci pourrait désavouer l'enfant dans les termes de l'article 313 ; mais

(1) Bf. Bedel, *de l'adultère*, p. 8. « Des deux maris le premier est en possession, *in pari causâ*... l'absent de retour reconnaît par son silence le mariage de fait ; qu'il le dénonce aux tribunaux, mais en attendant qu'il le respecte, sa cause n'est pas favorable, d'autant plus que l'article 139 semble ne pas reconnaître au second mari le droit d'attaquer son propre mariage. »

(2) Cf. *Commentaries on the law of Marriage and divorce*, by Joel Prentiss Bishop I, § 414 « *The absent husband or wife, returning, cannot rely on the cohabitation had under this second marriage as being adultery, authorizing a dissolution of the first, unless indeed it is continued after this second marriage is made void by judicial sentence; and until such sentence the parties to it are justified in their cohabitation; nor, till then, is the cohabitation under the first marriage permissible.* — Boston, 1877.

cet article exige comme condition que la naissance de l'enfant ait été cachée au mari; or dans l'hypothèse fort exceptionnelle que nous supposons cette circonstance pourra fort bien ne pas se rencontrer; le premier mari a rétabli la vie commune avec sa femme, aucune action en nullité de second mariage n'est intentée, le second mari s'est retiré à son tour; un enfant vient à naître il est évident qu'il sera inscrit comme enfant de la mère et du premier mari; et que le fait de cette naissance ne sera nullement tenu secret; dans ce cas, sans doute, le second mari ne pourrait désavouer cet enfant; mais ajoutons que cela est inutile; en effet la possession d'état d'enfant légitime du premier mari ne manquera pas de s'attacher à cet enfant; alors l'article 322 est applicable: — si par hasard la possession d'état conforme à l'acte de naissance n'était pas constatée, ou si même, mais nous le répétons tels ne se passent jamais les faits, l'acte de naissance ne mentionnait que le nom de la mère, de telle sorte qu'il semble effectivement qu'il y ait coexistence de deux présomptions de paternité, dans ce cas alors les juges se trouvant en présence de deux présomptions légales apprécieront d'après les circonstances à laquelle des deux familles l'enfant sera censé appartenir (différentes considérations, notamment de fortune peuvent donner un grand intérêt à cette question).

Pour être étrange l'hypothèse n'est pas d'ailleurs unique en droit; dans notre matière elle-même, nous en trouverons une autre semblable, et cette fois très régulière: Il suffit de supposer que le mari de retour n'a repris la vie commune avec sa femme qu'après avoir fait annuler le second mariage, puis que cette femme accouche plus de cent quatre-vingts jours depuis le rétablissement de leurs relations et moins de trois cents

jours depuis qu'elle a cessé de cohabiter avec son second mari; l'enfant est certainement légitime, mais quelle est celle des deux présomptions de paternité qui doit l'emporter (1) ?

Il n'y a rien que de parfaitement licite dans ce concours de circonstances; il ne pouvait en effet être question pour la femme d'observer le délai de viduité de l'article 228; il est vrai que nous admettons avec la doctrine commune que cet article doit s'appliquer même au cas d'annulation d'un mariage, mais il est reconnu d'autre part qu'il ne saurait constituer qu'un empêchement prohibitif (2) s'opposant à la célébration d'un nou-

(1) Il ya sur cette question un curieux passage de Henrys, tome II, lib. IV. Question 98. « Nous avons vu s'agiter à qui de deux maris appartenait l'enfant que la femme avait eu dans les neuf mois de la nuit en laquelle elle avait couché avec les deux. Dans l'opinion que le premier fût mort elle contracte un second mariage: le mari qui revenait de la guerre apprend ces nouvelles en chemin; il s'avance et fait si bien qu'il arrive sur la minuit dans sa maison le même jour des secondes noces, il oblige ce nouveau mari fait possesseur de son lit à quitter la place; s'étant donc couché avec sa femme elle se trouve enceinte de cette nuit mais avec beaucoup de doute duquel des deux ce pouvait être: c'est ce que nous ne voulons pas décider, parce qu'il faudrait de trop longs discours pour balancer les raisons ou présomptions qu'on peut alléguer de part et d'autre. »

(2) V. MM. Aubry Rau tome VI, 51, 74.

Cf Avant projet de révision du Code civil de Laurent: art. 292 statuant expressément en ce sens M. Demolombe décide que l'enfant devra être présumé appartenir au second mari et notre ancien droit *Recueil de jurisprudence* de Guy du Rousseaud de la Combe V^o enfant. — M. Demolombe V. 93 et 4 se fonde sur cette règle qu'il croit pouvoir comme conforme aux textes et à l'esprit du Code et à tout enfant né pendant le mariage est réputé légitime même si sa conception d'après les calculs ordinaires se plaçait à une époque antérieure à la célébration du mariage. — Nous sommes prêts à admettre cette règle; mais ici il ne s'agit pas de trancher une question de légitimité. — M. Demolombe ajoute que si l'enfant était né moins de cent quatre vingts jours depuis la réunion des époux l'enfant *pourrait* être attribué au mari du mariage annulé; nous croyons fermement que dans ce cas il *devrait* lui être attribué. — D'après une autre opinion, on devra rechercher la ressemblance physique entre l'enfant et l'un ou l'autre des maris *ex vultu partus et lineamentis defunctum maritum* (dans notre hypothèse le mari du mariage annulé étant vivant, cette comparaison serait plus facile) *superstitemve magis referentibus*. Voet *ad*

veau mariage avant le temps fixé, sans influencer d'ailleurs aucunement, en cas de contravention, sur la validité de ce mariage; or, dans notre hypothèse, il n'est pas question de nouvelle célébration de mariage entre l'absent de retour et son conjoint. La difficulté est donc la même que dans le cas où l'article 228 n'a pas été observé. De même que précédemment nous déciderons que les juges consulteront les circonstances pour attribuer l'enfant à l'un ou à l'autre des deux maris.

L'article 139 soulève encore quelques difficultés d'un ordre secondaire; nous devons cependant les relever avec soin. Et d'abord les derniers mots du texte n'ont pas été suffisamment expliqués : l'absent pourra attaquer le second mariage en personne ou *par son fondé de pouvoir muni de la preuve de son existence* ; cette disposition se concilie parfaitement avec notre doctrine : elle est une suite naturelle du système qui ne reconnaît qu'à l'absent le droit d'attaquer le second mariage et qui subordonne par conséquent l'action en nullité à l'existence de l'absent et à sa volonté d'exercer l'action ; il faut qu'il donne pouvoir à cet effet à un tiers de le représenter, et que de plus ce mandataire justifie lorsqu'il intentera l'action de l'existence actuelle de son mandant (1). Cette disposition embarrasse au contraire

Pindectas lib. I titre 6 n° 9. — Enfin Blackstone, *Commentaire des lois angl.* tome II, ch. VIII p. 180 propose que l'enfant qui est le principal intéressé ait l'option : il choisira son père !

(1) Toutefois cette exigence doit avoir une limite sous peine de tomber dans l'absurde ; ce point est remis à la sage appréciation des tribunaux ; avec l'opinion commune nous admettons que ce fondé de pouvoir doit être muni d'une *procuration authentique*. V. Demolombe, II, n° 263. Comment concilier cette exigence de la loi relativement à l'action qui est exercée au nom de l'absent, le principal intéressé, avec le système, cependant le plus généralement soutenu, qui se contente de la preuve faite par moyens quelconques, par les différentes personnes auxquelles les articles 184 et suiv. donnent l'action en nullité, de l'existence du premier mari au jour de la célébration du second mariage ?

singulièrement nos adversaires, plusieurs n'y voyant qu'une application presque naïve du droit commun, puisque la faculté de donner un mandat à l'effet d'intenter une action quelconque en justice est essentiellement de droit commun, et que de plus le pouvoir donné justifie par lui seul de l'existence de l'absent, se bornent à effacer ces derniers mots de l'article 139, comme ils avaient fait de la première partie de ce texte (1).

D'autres (2) prétendent qu'il s'agit ici du procureur ordinaire que l'absent a pu laisser, procureur muni de pouvoirs généraux ou même du mandat *hypothétique* d'agir dans le cas où l'époux présent contracterait un nouveau mariage. Ceci est absolument inadmissible et contraire aux principes élémentaires qui régissent le mandat, article 1988 Code civil : « le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration, s'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès » cet article ne statue il est vrai que sur les intérêts pécuniaires dont un mandataire peut-être chargé, mais il ressort nettement de ce texte que pour les actes graves il faut un mandat exprès, or est-il un acte plus grave que celui qui consisterait à attaquer un mariage au nom d'un absent qui n'existe peut-être plus à ce moment, dont en tous cas l'existence est incertaine ce qui suffit pour que le second mariage ne puisse être attaqué ? et nous invoquerions à notre tour la célèbre maxime de l'avocat Gilbert Desvoisins si souvent citée en notre matière. De plus ajoute-t-on la déclaration d'absence éteint la procuration, il faudrait donc admettre que le législateur n'a édicté l'article 139 qu'en vue de la période de

(1) V. Malleville, I, p. 158, Valette sur Proudhon, I, p. 304.

(2) Marcadé sur l'article 139, Demante, *op. loc. cit.* V. l'excellente réfutation de ce système dans le répertoire alphabétique de Dalloz. V° Absence, n° 533.

présomption d'absence, or précisément nous verrons dans un instant que certains auteurs soutiennent que l'article 139 ne se réfère qu'à la période de l'absence déclarée. Enfin nous ne considérerons pas non plus le mandat *hypothétique* comme suffisant, les raisons exposées en dernier lieu trouvent aussi bien quant à lui leur application ; et quant à l'objet du mandat, outre sa conception étrange, on peut encore trouver qu'il manque de précision relativement à un acte aussi grave.

Dans tout le cours de cette discussion nous avons employé le mot absent dans son sens général et nous croyons en effet qu'il n'en a pas d'autre en notre matière ; c'est l'individu dont l'existence est incertaine ; peu importe que l'on se trouve dans la période de présomption ou dans celle de déclaration d'absence.— Cette distinction ne concerne que les intérêts pécuniaires de l'absent : on conçoit que, suivant que l'existence de l'absent est plus ou moins incertaine d'après le temps écoulé, la loi ait accordée aux envoyés en possession de ses biens des droits plus ou moins étendus ; il n'y a là aucun inconvénient, car, malgré les expressions de la loi, il n'y a rien de définitif en cette matière : au contraire, en ce qui touche le mariage de l'absent, une seule question se pose : l'époux présent, qui a convolé, a-t-il eu des raisons plausibles de se croire veuf ? or ces raisons pourront prendre un point d'appui dans le temps écoulé, mais il devra s'y ajouter le poids de circonstances graves faisant véritablement présumer la mort ; on conçoit que dans tel cas ces circonstances pourront être de nature à faire naître, presque immédiatement après la disparition, dans l'esprit de l'époux présent la conviction de la mort de l'absent.

Proudhon (1) a cependant soutenu que pendant la période de présomption d'absence, l'époux présent ne serait pas admis à alléguer sa bonne foi ; mais si l'on comprend qu'en certains cas la bonne foi ne soit pas présumée en ce sens que celui qui l'allègue doive la prouver, on ne conçoit pas que la preuve en soit déclarée *à priori* non recevable ; il ne peut y avoir là qu'une pure question de fait (2).

Le second mariage de l'époux présent ayant été, nous le supposons, contracté de bonne foi, il produira à l'égard des deux époux et des enfants les effets d'un mariage putatif (art. 201 et 202, C. civ.) les enfants qui sont nés de ce mariage seront légitimes (3) sans distin-

(1) V. Proudhon, t. I, p. 300. ajoutez les auteurs cités par MM. Aubry et Rau, I, p. 634, § 159, note 2. M. Demolombe, II, n° 265, suit l'opinion contraire, mais déclare qu'il adopterait certainement cet avis s'il croyait que l'article 139 dût être interprété dans un sens absolument restrictif : « sinon, dit-il, l'application de l'article 139, pendant la présomption d'absence, offrirait trop de dangers, puisqu'il suffirait que l'un des époux s'éloignât pendant quelque temps pour que l'autre pût contracter un mariage à l'abri de toute attaque, s'il arrivait que son conjoint n'eût pas la volonté, ou par des circonstances quelconques les moyens et le pouvoir d'en demander la nullité. » Nous ne saisissons pas bien cette manière de raisonner ; en effet, M. Demolombe suppose la fraude, et la fraude connue, scandaleuse ; or, précisément dans ce cas l'action du ministère public contre l'époux bigame est recevable, même dans notre système sur l'article 139. Au surplus, un point ne saurait faire de doute, c'est que l'action en nullité, comme la poursuite du crime de bigamie, suppose essentiellement la preuve faite de l'existence du présumé absent au jour de la célébration du second mariage. V. Cassation, 21 juin 1831, aff. Blanc, D. 31, I, 201.

(2) Il ne faut pas croire que la distinction des deux périodes dans l'absence domine toute la matière, voyez en effet, les articles 135 et 136, statuant sur les droits éventuels qui peuvent compéter à un absent ; la loi se sert de l'expression : « *individu dont l'existence n'est pas reconnue.* »

(3) Nous supposons là que le second mariage a été annulé : Dans le cas contraire il est bien certain que ce mariage produit tous ses effets, notamment au point de vue de l'application de l'art. 197, C. civ. V. Cass., 7 avr. 1867, aff. Meyrel, Dall., 1869, I, 449,

guer s'ils ont été conçus avant ou après la cessation de la bonne foi (1).

Mais ce mariage n'aura pas eu le pouvoir de légitimer l'enfant issu d'un concubinage antérieur, si la naissance de cet enfant remontait à une époque où les relations de ses parents avaient un caractère véritablement adultérin à cause de la mauvaise foi de l'époux présent, la décision que nous rapportons, n'offre aucune difficulté, l'article 331, Code civil, s'oppose à sa légitimation. L'opinion commune maintient la même solution dans le cas où des concubins ignoraient le vice d'adultérinité de leurs relations.

Cette hypothèse fort rare évidemment trouve cependant sa place assez naturelle dans notre matière de l'absence : il suffit de supposer que la femme présente ayant de justes motifs de se croire veuve a eu des relations, desquelles est né un enfant, avec un homme qu'elle n'a épousé que plus tard sans avoir perdu sa bonne foi. Le retour du premier mari prouve qu'en fait ces relations avaient été adultérines; cependant il ne peut poursuivre sa femme à raison de sa bonne foi; mais on décide généralement que l'enfant étant en fait adultérin l'article 331, qui ne distingue pas suivant la bonne ou la mauvaise foi des concubins, s'oppose à sa légitimation (2).

(1) *Contrà*, Delvincourt, I, 145, Toullier, I, 656, Ducaurroy, Bonnier et Roustain, I-349, se fondant sur l'obligation morale où étaient les époux de se séparer dès qu'ils ont connu le vice de leur union; MM. Aubry et Rau, V, p. 46 et 49, répondent très justement que les termes de l'art. 232 ne font aucune distinction et que de plus un tel système sacrifierait les enfants. Cf. Demolombe, III, 360, Zachariæ I, § 455.

(2) V. Aubry et Rau, V, p. 51 texte et note 13. Cette différence entre les deux solutions, dont l'une déclare légitime l'enfant né de ces relations après le mariage célébré tandis que l'autre refuse la légitimation à l'enfant né antérieurement, est une application d'une maxime célèbre d'un cardinal de Palerme : *Quia contrahens matrimonium dat operam rei licitæ ideo ignorantia sua excusatur, sed admittens virum sine matrimonio dat operam*

Il est une autre difficulté se rapportant aux effets du second mariage annulé, que nous devons au moins signaler : supposons que les deux régimes matrimoniaux se trouvent être la communauté : comment liquidera-t-on la deuxième communauté ? Au reste la question n'est pas spéciale à notre hypothèse, elle se présenterait dans les mêmes termes dans le cas de bigamie proprement dite, et telle était l'espèce de l'arrêt que nous allons citer. — Aussi nous bornerons-nous à une simple indication.

Bien des systèmes ont été proposés. On a jugé notamment que la première femme devait prendre la moitié de la communauté, l'autre moitié étant attribuée à titre de dommages intérêts à la seconde femme.

Cette solution très critiquable en elle-même nous paraît tout à fait inadmissible lorsque l'époux qui se trouve en fait bigame a été de bonne foi ; nous préférons le système d'après lequel la première femme n'a droit à la moitié de la communauté, qui est réputée avoir subsisté à son profit même pendant le second

rei illicitæ : ideo ignorantia sua non est probabilis, nec debet inde consequi præmium; et danti operam rei illicitæ imputantur omnia quæ sequuntur præter voluntatem suam. Ce qu'on peut traduire ou plutôt paraphraser ainsi : « On n'est jamais de bonne foi dans le concubinage : dès qu'on a su qu'on faisait mal, on allègue en vain qu'on a du être convaincu par les circonstances que l'on faisait un mal moindre ».

V. Bartole, ad. leg. 38, § 1. Dig. XLVIII, 5 *ad. leg. Jul. de adulter.* Pothier. *Contrat de mariage* n° 416. — Répert. de Merlin V. légitimation sect. II, § 2, n° 11. Bedel de l'*adultère* p. 58. Dalloz, *répert. alphab.* V. Adultère n° 22.

Cf. Toullier I, p. 545, telle était l'ancienne jurisprudence, v. l'affaire du faux Maillard précédemment rapportée ; et le 47^e plaidoyer de *D'Agueseau*, IV, p. 277 : affaire Scaramouche, arrêt du 4 juin 1697. Le célèbre chancelier développa ces considérations : qu'il ne s'agit pas de punir, mais de ne pas étendre une grâce, un bienfait de la loi ; que la loi récompense l'innocence telle qu'elle se trouve dans celui qui contracte de bonne foi et par erreur de fait un mariage défendu, mais qu'elle ne peut récompenser une personne qui a voulu mal faire parce qu'elle a cru faire un mal moindre.

V. Merlin *op. et loc. cit.*

mariage, que déduction faite de l'apport de la seconde femme et des économies sur les revenus afférents à cet apport : puis la seconde femme étant supposée de bonne foi prendra la moitié de la masse diminuée de ce qui a été attribué à la première; le surplus étant laissé au bigame (1).

(1) V. Bordeaux, 18 mai 1852, aff. Martinez, D. 53, 2, 228,; S 52, 2, 609. V. en sens divers. MM. Aubry et Rau V, p. 54 et 55. Demolombe, III, 3, 277. Marcadé sur l'art. 202. *Rev. prat.* XXXII, p. 136. V. pour notre ancien Droit, Denizart, V^o absent, rapportant ce qui fut jugé dans l'affaire du faux Maillard. — En législation comparée Cf. la jurisprudence de la *Louisiane* (C. civ. de 1825), un individu meurt laissant deux femmes légitimes, toute sa succession se composant d'acquêts se partage entre les deux femmes par moitié (le Droit commun est la communauté d'acquêt). V. *Bulletin de la Soc. de lég. comp.* 1872, p. 211.

CHAPITRE IV

LÉGISLATION COMPARÉE

Une place de plus en plus importante est faite de nos jours à l'étude de la législation comparée ; rapprocher en effet les dispositions de notre Code de celles des Codes étrangers c'est un moyen excellent pour comprendre les institutions en elles-mêmes, en faisant ressortir les points de vue divers auxquels se sont placés les législateurs des différentes nations, tenant compte des temps, des lieux, des mœurs. Enfin on pourra y puiser de précieux enseignements pour solliciter sur tel ou tel point la réforme de notre législation. Nous allons donc parcourir à nouveau les deux théories que nous venons d'étudier en droit français :

1° La théorie de la preuve des décès des individus disparus.

2° Les effets de l'absence relativement au mariage.

SECTION I. — DE LA PREUVE DES DÉCÈS DES
INDIVIDUS DISPARUS DANS LES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

Nous constaterons d'abord que chez les nations où notre Code civil est en vigueur, on rencontre dans la doctrine et la jurisprudence la même hésitation et les mêmes incertitudes que nous avons relevées dans notre pays : cette observation s'applique tout particulièrement à la *Belgique* ; nous n'y insisterons pas parce que nous nous exposerions à des redites, les éléments de discussion étant exactement les mêmes que pour la France (1) :

(1) Comme documents de jurisprudence V. Bruxelles, 14 octob. 1824, infirmant un jugement du tribunal d'Anvers, *Pasicrisie*, 1824, 2, 197 et Bruxelles, 9 nov. 1857, *Pasicrisie*, 1858, 2, 34 : Nous relevons dans ces décisions la même interprétation inexacte de l'avis du Conseil d'État du 17 germinal de l'an XIII que nous avons combattue plus haut. V. p. 48 et sq.

V. encore sur l'art. 46, C. civ., Bruxelles, 11 mai 1822, *Pasic.*, 1822, 2, 131 ; 11 décembre 1817 ; 1817, 2, 534. Bruxelles, 11 mai 1874, 1874, 2, 413, V. *Codes Belges annotés*. C. civ. 1880, G. Beltjens sur l'art. 46, note 4.

V. les *Pandectes Belges*, III, V. acte de décès n° 55, se prononçant en faveur de la généralisation du décret de 1813 (accidents de mines) aux cas analogues et Arntz, I, p. 410, n° 183, Cf. dépêche de M. le procureur général de Bavay aux procureurs du roi en date du 6 juillet 1867 reproduite en note sous le n° 12 des *Pandectes Belges loc. cit.* — *Contrà* Brixé, *Manuel des officiers de l'état civil*. V° décès, n° 35 à 41 p. 136 etsq. et avis émis par la commission que le gouvernement belge avait instituée en 1848 pour régler la tenue uniforme des actes de l'état civil.

Relativement aux accidents de mer, V. en sens divers : Bruxelles, 9 nov. 1858, *Pasicrisie* 1858, 2, 34 et Anvers, 5 avr. 1884, cité par M. de Courcy, *Questions de droit maritime*, 3^e série, 1885, p. 428 et sq.

Terminons par un renseignement historique.

La *Coutume de Liège*, ch. 2, art. 10 déclarait que « l'expatrié » devait être réputé mort lorsque quarante ans s'étaient écoulés depuis qu'il avait quitté son pays. V. *Code de l'ancien Droit de la Belgique*. Britz, I, p. 540.

En Suisse la loi fédérale du 24 décembre 1874, (1) relative à l'état civil, au mariage et au divorce, est muette sur la matière qui nous occupe, il faut donc consulter les législations de chaque canton. La loi du 5 avril 1876 pour le canton de *Genève* dans son article 23 reproduit presque textuellement l'article 46 Code Napoléon ; aussi les mêmes difficultés que nous avons étudiées plus haut se présentent-elles ; et la doctrine accuse les mêmes hésitations (2). (C. civ. du canton de *Vaud* art. 18 et II. du 31 août et du 8 novembre 1875).

C. civ. de *Neuchâtel* article 26. Ce texte ne prévoit pas le cas où la mort d'un homme qui a péri dans un accident n'a pu être retrouvé : on admet, paraît-il, dans ce cas que si l'enquête constate la mort, l'acte de décès doit être dressé d'après le procès-verbal. (3)

Le Code civil du canton de *Valais*, article 29, prévoit le cas *d'omission* de l'acte de l'état civil.

Cf. *Fribourg*, article 23, (C. civ. et l. du 23 mai 1877), prévoyant le cas *d'omission* et celui d'impossibilité d'inscription, en admettant alors la preuve de toute manière légale.

Bruxelles, 1847. — Mais il ne semble pas que cette présomption de décès dût s'appliquer à la dissolution du mariage. — (La présomption de vie pendant quarante ans cessait à l'égard du soldat ne reparaissant pas après la conclusion de paix ; ici encore doit se placer la même observation). — V. la solution de *questions transitoires* relative à l'application du texte de la coutume de Liège dans la jurisprudence belge, Liège, 18 fév. 1839 et 16 juin 1848, Pasierisie, 1839, 2, 30 ; 1850, 2, 55. Il résulte de ces arrêts qu'il faut régler l'état de l'absent d'après la législation qui a remplacé cette coutume si à l'époque de ce remplacement le « laps de temps nécessaire pour le faire réputer mort n'était pas encore accompli. »

(1) V. *Ann. de Lég. étr.*, 1875, p. 714 et sq. V. dans la *Gazette des tribunaux suisses*, 1875, p. 82, la critique de cette loi, notamment au point de vue de la lacune que nous signalons.

(2) V. *Leçons sur l'Etat civil le Mariage et le Divorce*, par Th. Barriliet, Paris et Genève, 1879, I, p. 309 et sq.

(3) V. *Droit civil Neuchâtelois*. Jacottet, p. 37.

En Angleterre, (1) la loi du 7 août 1874, articles 13 et 15 dispose quelorsque treize jours se seront écoulés depuis un décès allégué et qui n'a pas été déclaré, une enquête est faite par le *registrar*. S'il y a plus de douze mois, il faut une autorisation écrite du *registrar general*.

Nous trouvons des renseignements intéressants sur le Droit anglais dans un arrêt de la Cour de Bruxelles, qui a eu l'occasion d'en faire l'application dans l'espèce suivante : Il s'était produit dans la baie de Douvres une collision entre un steamer anglais et un steamer belge : Pour des motifs que nous n'avons pas à rechercher la preuve du décès d'un marin anglais, qui est présumé mort dans cet événement, est offerte devant les tribunaux belges. La Cour de Bruxelles déclare que la preuve du décès d'un marin anglais dans les eaux de l'Angleterre devait se faire selon le mode prescrit par la loi anglaise (2) (*locus regit actum*). La Cour constate alors que la législation anglaise, qui admet en général la preuve par témoins en toute matière, n'exclut pas la preuve testimoniale du décès d'un marin qui a péri dans un naufrage, preuve qui peut résulter d'un certain nombre de déclarations assermentées reçues en Angleterre sous forme d'*affidavit*, selon l'usage devant la haute Cour de l'Amirauté, soit par un magistrat de la cité de Londres, soit par le commissaire de la Cour de Chancellerie, soit par le receveur des naufrages (3).

L'article 62 du *Code civil Néerlandais* (4) de 1838 correspond également à notre article 46, mais il porte : *lorsque*

(1) *Ann. de Légis. étr.*, 1874, p. 54.

(2) Fœlix, *Droit intern. privé*, I, n° 237, et Bonnier, *Traité des preuves*, II, n° 934.

(3) V. Cour de Bruxelles, 11 mai 1874. Pasisisie, 1874, 2, 413.

(4) V. Traduction G. Tripels, Maestricht, 1885, p. 127 et 129.

des circonstances particulières ont empêché l'inscription de l'acte de décès.....

Il y a là évidemment un progrès dans la voie de la généralisation de notre article 46; mais ce progrès est encore insuffisant.

Au contraire plusieurs législateurs modernes ont opéré une réforme plus complète.

L'article 391 du *nouveau Code civil Italien* de 1866 (1) est ainsi conçu : « en cas de décès avec impossibilité de retrouver ou de reconnaître les cadavres, les syndics ou autres officiers publics en dresseront procès-verbal et le transmettront au procureur du roi, par les soins duquel après autorisation du tribunal ce procès-verbal sera annexé aux registres de l'état civil. »

Art. 399 : « Quand par suite du naufrage d'un navire toutes les personnes de l'équipage et tous les passagers auront péri, l'autorité maritime assurée du sinistre en fera inscrire une déclaration authentique sur les registres de chacune des communes auxquelles appartenaient les personnes décédées (2). »

Nous avons reproduit d'abord les dispositions du Code italien, à raison de son importance d'autant plus grande, qu'il se présente comme une révision de notre propre Code; mais il est juste de reconnaître que déjà en 1856 nous trouvons dans l'article 85 du *Code civil de la Grèce*, dont les premiers titres seuls ont été pro-

(1) M. Laurent a pu avec raison s'inspirer de ces sages dispositions dans son *Avant projet de révision du Code civil* pour la Belgique (sur la demande de M. le ministre de la justice), Bruxelles 1882 : L'art. 66 de cet avant projet correspondant à notre art. 46 est ainsi conçu : « Lorsque les parties intéressées se trouvent dans l'impossibilité de produire des actes inscrits sur les registres dans telles ou telles circonstances dont l'énumération n'a rien de limitatif, V. la note 4 sous cet art..... le reste comme dans l'art. 46. C. Nap.— les art. 89 et 92, 2^e alin. sont tout à fait analogues aux art. 391 et 399 du Code civil Italien.

(2) V. C. civ. des 10/22 octobre 1856, traduit. de M. Rhally président de l'Aréopage, et l'exposé des motifs. — Athènes, 1857, p. 61 et p. 37.

mulgués, une généralisation tout à fait analogue de notre article 46 et du décret de 1813.

Citons encore pour le *Grand Duché de Bade*, où notre Code civil est resté en vigueur comme base de la législation, une loi du 29 mai 1811 (1), dont l'article 19 est ainsi conçu : « Le décès des personnes mortes par accident qui ne sont pas inhumées, par exemple des brûlés ou des noyés..... est annoncée aux pasteurs (2) du domicile des décédés par les fonctionnaires qui ont constaté l'accident pour être transcrits sur les registres de la paroisse. Remarquons enfin l'article 28 : « la vérification des décès est ordonnée par mesure de police, elle n'est pas indispensable pour la validité des actes de décès.

En *Autriche* un *Hofkanzleidecret* du 17 février 1827 (3), consacra la faculté de prouver la mort d'une personne par témoins à défaut d'un acte de décès; et la jurisprudence se plaçant au-dessus du texte littéral admettait déjà que les témoignages pouvaient se référer simplement à la constatation du péril auquel l'absent avait été exposé, le fait même de la mort pouvant alors s'induire des circonstances et de simples présomptions de l'homme.

L'article 10 de la loi du 16 février 1883 réglemente cette matière : « Lorsque le décès d'un absent ne peut pas être constaté par un acte public, on en peut faire la preuve devant le tribunal désigné en l'article 1. (La

(1) V. Anth. de St-Joseph, *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, 1856, II, p. 32.

(2) La loi du 21 nov. 1869 confia la tenue des registres aux bourgmestres. La loi fédérale pour l'empire d'Allemagne du 6 fév. 1875. *Ann. de lég. étr.* 1875, p. 215 et sq. sur la constatation de l'état des personnes et la célébration du mariage, est muette sur le point qui nous occupe.

(3) V. M. Bufnoir, notice sur la loi autrichienne du 16 février 1883, que nous étudierons plus loin en détail. *Ann. de lég. étr.* 1883, p. 224 et sq. V. p. la loi de 1827, *Justiz-Gesetzsammlung*, VII vol. p. 68, n° 2259.

Cour de première instance dans le ressort de laquelle l'absent a eu son dernier domicile ou sa dernière résidence) et obtenir un jugement prononçant que cette preuve est tenue pour acquise : La procédure est la même que pour les déclarations de décès (V. *infra*), sauf la suppression des délais qui n'auraient pas ici leur raison d'être : Remarquons l'article 32^e alin. : « *En ce qui touche l'admission et l'appréciation de la preuve le tribunal n'est lié par aucune règle légale.* »

SECTION II. — EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT
AU MARIAGE EN DROIT COMPARÉ

Nous rangerons les législations sur lesquelles nous avons pu réunir des documents en deux groupes : Certaines nations suivent le système français, d'après lequel l'absence quelque prolongée qu'elle soit n'engendre jamais qu'une incertitude plus ou moins grande sur l'existence, sans que le mariage puisse en aucun cas être déclaré dissous.

Dans d'autres législations, au contraire, le conjoint d'un absent peut au bout d'un certain temps contracter un nouveau mariage, soit par suite du système des déclarations de décès, soit parce que la législation de son pays admet l'absence prolongée comme une cause de divorce.

ARTICLE PREMIER. — *Législations d'après lesquelles le conjoint d'un absent ne peut à aucune époque contracter une nouvelle union.*

Ces législations suivant le système français, nous pouvons nous borner à une simple énumération : nous citerons :

1° *La Belgique*;

2° *Le Code civil Italien* de 1866. L'article 113 de ce Code demande toutefois à être rapproché de notre article 139 : c'est là un point que nous avons déjà relevé.

3° L'article 111 du Code civil de Monaco du 1^{er} janvier 1881 reproduit textuellement l'article 139, Code Napoléon ;

4° *La Pologne*;

5° *Le Portugal*, Code civil de 1867 ;

6° *L'Espagne* avec certaines réserves toutefois. (1) Il n'y a dans ce pays que de simples règles posées par la jurisprudence. Après dix ans de disparition d'une personne supposée morte au loin, le décès est réputé prouvé si telle est la commune créance dans le lieu où elle doit avoir péri.

En dehors de ce cas la commune reconnue ne suffit pas, il faut que des témoins aient vu le défunt ou son inhumation.

Le décès est réputé prouvé si cent ans se sont écoulés depuis la naissance de l'absent. (Loi provisoire sur le mariage civil du 18 juin 1870, art. 90). (2)

7° D'après la *loi Anglaise* (3) l'absence ne dissout

(1) V. *Éléments de dr. civ. espagnol*, de M. Lehr, p. 28 et 29.

(2) *Ann. de lég. étr.* tome I, p. 337.

(3) V. Glasson, *Histoire du droit et des Institutions de l'Angleterre*, VI, p. 145, citant, Stat. 1, de Jacq. I, ch. 11, § 3 et Stat. 36, de Geo, III, ch. 67. — V. aussi la *Loi Ecossaise* du 22 août 1881, cette loi reproduit les décisions de la jurisprudence anglaise, mais nous ne signalerons aucune

jamais le mariage en ce sens que si l'absent revient le second mariage contracté par l'époux présent est déclaré nul. — La loi anglaise a fixé un délai de 7 années emportant présomption de bonne foi au profit de l'époux présent qui s'est remarié, et le faisant échapper aux peines de la bigamie.

En *Amérique* nous trouvons presque exclusivement le système français ou le système anglais. Le système français est reproduit dans les législations suivantes :

8° *Bas Canada*. Code civil du 1^{er} août 1866, l'article 108 déclare expressement que le mariage n'est jamais dissous par l'absence si prolongée qu'elle soit.

9° *Uruguay*. Code civil du 23 janvier 1868 promulgué par le gouvernement provisoire, l'article 82 reproduit l'article 139 Code Napoléon.

10° *Guatémala*., Code civil de 1877, article 170, 8° l'absence sans juste cause pendant cinq ans est une cause de divorce mais seulement *à thoro et mensa*.

11° *Chili*. Code civil du 14 décembre 1855, article 168. L'autorité ecclésiastique statue sur les cas de dissolution du mariage.

12° Le *Mexique*. Code civil du 8 décembre 1870, article 746.

13° La *République Argentine* Code civil du 29 septembre 1869. Livre I, titre VIII, section I, articles 3, 8.

14° *Pérou*. Code civil du 28 juillet 1852, article 191, 1°, le divorce (*à thoro et mensa*) a pour cause l'absence ayant duré plus de cinq ans.

15° *Haïti*. Code civil de 1864, l'article 128 reproduit notre article 139.

16° Code civil de la République de *San Salvador* du 10 novembre 1889, article 124 l'autorité ecclésiastique

disposition expresse relative au mariage. V. *Annn. de lég. étr.*, 1881 p. 75.

siaistique statue sur les causes de dissolution du mariage.

17° Aux *États-Unis* l'influence anglaise se fait visible ment sentir. Les statuts ne se préoccupent que du crime de bigamie et de la présomption de bonne foi qui peut être admise au profit de l'accusé.

Dans l'État de *New-York* (1) après cinq ans la bonne foi de l'époux qui, n'ayant pas de nouvelles de son conjoint, a contracté un nouveau mariage, le met à l'abri de toute pénalité ; le mariage est seulement annulable (*voidable*) et non pas nul (*void*) il produira les effets d'un mariage putatif ; l'absent de retour peut attaquer le second mariage mais jusqu'à la sentence, le second mari a le droit de cohabiter avec la femme, et toutes relations entre celle-ci et le premier mari sont interdites.

Le délai varie suivant les États entre cinq et sept ans ; en l'absence de statuts exprès, le droit commun est sept ans : — Le délai est de 5 ans dans les états de *Californie, Arkansas, Colorado, Illinois, Rhode Island, Delaware, Tennessee* ; il est de sept ans dans ceux de *Kentucky, les deux Carolines, Indiana, Massachussets, Maryland, Connecticut, Missouri, Mississippi, Texas...*

(1) *Commentaries on the law of marriage and divorce*, Boston, 6^e édit., 1877, by Joel Prentiss Bishop. I, § 114. Cf. § 824. Dans l'État de New-Hampshire le délai de 3 ans suffit comme cause de divorce ; mais il faut, qu'on n'ait aucune nouvelle de l'absent directement ou indirectement (distinction du *not heard of* et du *not heard from*. Le jury peut admettre la présomption de bonne foi même avant le délai fixé par les statuts V. une décision de la Cour de circuit des États-Unis, novembre 1832 : *Journal de droit international privé*, 1884, p. 535. Inutile de dire que le cas de divorce pour cause *abandon* est mis tout à fait à part. — V. sur la fréquence des cas de bigamie aux États-Unis, Glasson. *Le mariage civil et le divorce*, 2^e édit. 1880, p. 455.

ARTICLE II. — *Législations permettant au conjoint d'un absent de contracter un nouveau mariage après l'expiration d'un certain délai.*

Ces législations se rangent elles-mêmes en deux groupes, suivant qu'elles organisent un système de *déclaration de décès*, ou qu'elles admettent l'absence prolongée comme cause de divorce.

§ 1. — **Législation organisant un système de déclarations de décès.**

Le système des déclarations de décès après un temps plus ou moins long existait déjà dans certaines législations lors de la confection du Code Napoléon. Dans la séance du 16 fructidor an IX, le ministre de la justice lut devant la section de législation du Conseil d'État plusieurs articles du *Code général pour les États prussiens*, promulgué le 5 février 1794 par le roi Frédéric Guillaume I: (1)

Art. 38. I, Part., tit. I, Des personnes et de leurs droits en général: La vie humaine est présumée n'être que de 70 ans, du moins en matière de successions ou tous autres droits héréditaires.

Art. 35. Il y a présomption de mort suffisante un an après des blessures reçues à la guerre, ou trois ans après un naufrage. Voir encore l'article 37 *ibid.*

Art. 823. II, Part., section VIII, De la cessation de la tutelle. Si dans l'espace de dix ans on n'apprend rien de la vie ou de la mort de l'absent, on peut réquerir qu'il soit déclaré avoir cessé de vivre.

(1) Fenet, VIII, p. 372 et 3.

Tronchet répondit au ministre de la justice qu'il était ridicule de déclarer l'absent mort. Un absent n'est aux yeux de la loi ni mort ni vivant (1). La discussion fut close aussitôt; cependant malgré la gratification de *ridicule* produisait Tronchet au système des déclarations de mort, c'est là un point qui en législation mérite un examen beaucoup plus sérieux : Sans doute une telle mesure est fort dure, elle peut même paraître dangereuse; aussi avons-nous vu qu'elle n'a pas été adoptée par le nouveau Code civil Italien.

M. Laurent dans son avant projet de Révision (2) en fait la critique à propos des articles 549 à 551 du *Code civil Néerlandais* : Ces textes décident qu'après dix ans d'absence le conjoint peut obtenir, moyennant l'accomplissement de certaines formalités de publicité, une décision judiciaire prononçant la dissolution du mariage (3) : si l'absent revient l'autorisation par le conjoint présent de se remarier tombe, mais si le second mariage a eu lieu, l'époux absent de retour peut aussi se remarier. — Des mesures de publicité sont prescrites avons-nous dit; M. Laurent les déclare insuffisantes, non pas en elles-mêmes, mais en principe. « A quoi bon des sommations, dit-il, alors qu'on ne sait pas où l'ab-

(1) Comp. ce que dit M. Boulay dans la séance du 14 fructidor an IX : « Le principe que l'absent n'est réputé ni mort ni vivant est sans doute bizarre, mais il est le produit de la sagesse des siècles, on n'a pu parvenir à en trouver un meilleur ».

(2) V. Tome I, p. 308. Cf. du même auteur *Droit civil international*, tome VI, n° 341 et 342.

(3) La loi du 9 juillet 1855 dans ses art. 1 et 2 a réduit le délai à trois ans pour les marins et passagers et a un an seulement pour les accidents de mer sur les côtes du pays et dans les mers ou eaux intérieures. V. la traduction G. Tripels 1886, citée plus haut, en note sous l'art. 549 du Code Néerlandais. Cf. art. 254, 2° de ce même Code. V. *Observations critiques sur le Code civil Néerlandais comparé avec le Code Nap.* p. J. Verduchène, Maestricht, 1852, p. 278 cette faculté accordée au conjoint d'un absent de se remarier après un certain délai ne fut l'objet d'aucune discussion, elle parut toute naturelle.

sent se trouve ni si il vit? est-ce pour savoir s'il est mort? cela n'est pas sérieux, — et s'il y a des causes qui l'ont empêché de donner de ses nouvelles, ces mêmes causes l'empêchent d'avoir connaissance des sommations qui lui sont faites. »

Remarquons que dans cette discussion il n'est pas question de l'indissolubilité du mariage au point de vue religieux; on sait, en effet, que le divorce n'a jamais été supprimé en Belgique, ce qui est plus décisif, c'est que nous rencontrons le système des déclarations de mort en Autriche, où le divorce n'existe pas du moins pour les catholiques, et il ne paraît pas avoir donné lieu à aucun conflit entre la loi civile et l'autorité ecclésiastique; l'organisation de ce système est très complète en Autriche et nous l'examinerons avec soin, mais nous croyons préférable d'exposer auparavant dans son ensemble la théorie des déclarations de décès en Allemagne (1).

Le système des déclarations de décès est très répandu dans la législation des états allemands. Ces états sont fort nombreux et nous ne croyons pas devoir indiquer les différences de détail que l'on rencontre dans chacune de leurs législations (2). Le Code général pour les Etats

(1) V. pour l'histoire de cette institution Bruns, *Die Verschollenheit, Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, von C. J. Bekker und Th. Mother, Leipzig, 1857, I vol. I, fascic, p. 90 et sq. — Le texte le plus ancien où la *Todeserklarung* apparaît nettement, se distinguant de la simple présomption de mort, est l'ordonnance Prussienne du 23 octobre 1763 (p. 182), les délais sont fixés, ainsi que la procédure des *Edictalien*, enfin intervient la *Todeserklarung* en ces termes: « *und wird alsdann dafür gehalten, als wenn der Abwesende an dem Tage, da er pro mortuo declarirt worden, allererst verstorben.* » — Bruns ne donne aucun détail sur les effets de la *Todeserklarung* relativement au mariage; mais cette formule très absolue devait comprendre la dissolution du mariage. Cf. le Code général de 1794.

(2) *System des deutschen Privatrechts*, von Paul von Roth, Tubingue, 1880, p. 53 à 243 pour les sources du droit dans les différents états et p. 337 et sq. § 61, *Anfang und Ende der Personlichkeit* pour les systè-

Prussiens dont nous avons rapporté les dispositions peut en être considéré comme le type. Nous y voyons que trois éléments sont pris en considération ;

1° *L'âge*, lequel est ordinairement fixé à 70 ans, sous l'influence du psaume 90 verset 10; (2) cette présomption est beaucoup plus raisonnable que celle de cent ans que proposait Pothier dans notre ancien droit ;

2° *La durée de l'absence*, mais celle-ci varie suivant que *l'initium* de l'absence (c'est le 3^e élément) est ou non de nature à faire présumer la mort plus ou moins facilement (3).

Telles sont les bases suivant lesquelles les différentes législations allemandes permettent aux intéressés d'obtenir une déclaration judiciaire du décès des individus disparus ou absents (4).

Mais s'il est utile de connaître les conditions auxquelles cette déclaration est subordonnée, il est beaucoup plus important d'en déterminer les effets :

La *Todeserklärung* produit relativement aux biens de l'absent des effets analogues à ceux de notre envoi en possession définitif; mais quel effet produit-elle à l'égard du mariage de l'absent? Certaines législations ont pris soin d'édicter une décision sur ce point; mais *quid* à défaut de texte? — La question est vivement

mes de déclaration de décès *Todeserklärung* — ajoutez la loi plus récente du 24 mars 1882 pour le Brunswick. *Ann. de lég. étr.* 1882, p. 411. Pour les Etats prussiens, V. Koch, *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, Berlin, 1874, I, p. 79 et 85, et III, p. 461. — Cf. M. de Savigny *Traité de Droit romain* II, p. 17 et sq.

(2) Le cours ordinaire de notre vie est de soixante-dix ans, ou de quatre-vingts ans pour les plus forts ».

(3) Ajoutons que dans la plupart des États allemands des lois spéciales ont été rendues à la suite des différentes guerres qu'ils ont eu à subir : toutes fixent une date du décès présumé des militaires disparus.

(4) D'après le *Code général pour les États prussiens*, aucune déclaration judiciaire n'est nécessaire lorsque l'absent a atteint l'âge de 70 ans. V. De Savigny, *op. et loc. cit.*

controversée entre les auteurs allemands : cependant le système qui paraît dominer est celui que Mittermaier(1) a formulé dans des termes d'une netteté remarquable : *Die Todeserklärung bewirkt für sich noch nicht die Trennung der Ehe des Verschollenen, sondern der Ehegatte, welcher sich wieder verheirathen will, hat ein weiteres Verfahren zu veranlassen worauf Ehescheidung erklärt werden kann.* Ce que nous traduisons ainsi :

La déclaration de mort n'opère pas par elle-même et de plein droit la dissolution du mariage de l'absent, mais l'époux qui veut se remarier doit introduire une deuxième instance à la suite de laquelle la dissolution du mariage peut être prononcée. Ce système est beaucoup plus satisfaisant que celui qui donne à la déclaration de mort l'effet direct et immédiat de dissoudre le mariage pour permettre à l'époux présent de contracter une nouvelle union; il est protecteur de la dignité du mariage sans léser les intérêts légitimes de

(1) *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts*, Ratisbonne 1847 I, p. 409, § 147 n° VIII. Cf. Roth, *op. et loc cit.* Gengler, *Lehrbuch des deutschen Privatrechts*, Erlangen, 1874, p. 76 et 77, lettre a. Dernburg, *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts* Halle, 1880, III, p. 49. Fitting, *Das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes, und die Eheschliessung vom 6 febr, 1875*, Zweibrücken, 1876, p. 122. Volk (même titre que l'ouvrage précédent), p. 103. Enfin la question est traitée dans tous ses développements par Sicherer, *Personenstand und Eheschliessung in Deutschland*, Erlangen, 1881, § 34, p. 223.

L'opinion adverse d'après laquelle la *Todeserklärung* dissout de plein droit et par elle-même leur mariage compte cependant de graves autorités V. Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, Berlin 1871, I, p. 233 et note 34.— G. Beseler, *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, Berlin, 1873, § 58, p. 203. Bluntschli, *Deutsches Privatrecht*, Munich, 1864, § 17, n° 4, p. 34. Scheurl, *Das gemeine deutsche Eherecht*, Erlangen, 1882, p. 271, § 53. Ce dernier auteur ajoute qu'il appartiendra au Code civil de l'Empire (en préparation) de décider expressément sur cette question, mais il déclare que : « *Es werden sich kaum gewichtige Gründe für das Letztere* (c'est-à-dire pour l'autre opinion qu'il repousse) *anführen lassen.* — Il fait d'ailleurs toutes réserves pour ce qu'il peut plaire à l'autorité ecclésiastique, statuant sur ce qui est de son domaine, de décider en cette matière.

l'époux présent : les juges apprécieront suivant les circonstances si l'autorisation de se remarier doit lui être accordée : remarquons seulement que nous ne rencontrons pas cependant en Allemagne une organisation tout à fait complète en ce qui concerne la procédure spéciale que comporterait cette matière : A ce point de vue le système autrichien que nous étudierons plus loin est certainement préférable.

Certaines législations allemandes admettent en vertu de textes précis la dissolution du mariage comme résultant de plein droit de la *Todeserklarung* (1) ;

Citons en premier lieu le Code général pour les États Prussiens :

(*Art. 666 et 667, II, Part. tit. I du mariage* : « Dans le cas où l'un des époux serait déclaré mort d'après un jugement, l'autre époux est libre de se remarier et ce mariage subsiste quand même l'individu déclaré mort reparaitrait. Mais s'il n'y a pas de mariage subsistant lorsque l'absent reviendra le premier mariage sera regardé comme ayant continué. »

Cf. pour le duché de *Lauenburg*, *Verordnung* du 2 février 1819. § 10 (2)

Hambourg, l. 15 oct. 1819, art. 14.

Brême, l. 3 juin 1856, § 11.

Lübeck, l. du 30 déc. 1829, § 8.

Oldenbourg, l. 16 fév. 1844, § 18.

Hanovre, l. 23 mai 1848, § 16.

En *Alsace-Lorraine*, le Code civil est encore en vigueur du moins en principe, mais une loi du 21 octobre 1873 lui a appliqué le système des déclarations de mort relativement aux militaires disparus pendant la guerre de 1870-1871 la présomption de décès est fixée

(1) V. Sicherer, *op. et loc. cit.*

(2) V. encore loi du 14 juil. 1879, *Ann. de législ. étr.*, 1879, p. 251.

au 30 juin 1871 et l'article 7 de cette loi déclare expressément que *Die frühere Ehe ist von Rechts wegen für aufgelöst.*; le premier mariage est tenu de plein droit pour dissous (1); et le conjoint peut se remarier.

Au sujet du *Wurtemberg* les auteurs allemands paraissent en désaccord: Hinschius et Lang (2) affirment que la *Todeserklärung* y entraîne de plein droit la dissolution du mariage:

Sicherer (3) déclare qu'aucun texte dans la législation du *Wurtemberg* ne peut appuyer cette décision, et que par conséquent il faut revenir au droit commun, c'est-à-dire, d'après l'opinion dominante, à la non-dissolution de plein droit du mariage par suite de la *Todeserklärung*. (4)

La même controverse s'élève au sujet du *Schleswig-Holstein*. Falck (5) affirme également pour ce duché que la déclaration de décès doit être assimilée à la mort naturelle relativement à la dissolution du mariage.

Sicherer objecte que les textes législatifs de ce pays sont muets sur la question: Ordonnance du 9 novembre 1798; lettres-patentes du 21 avril 1840. — Il cite enfin une décision du tribunal supérieur de Berlin du

(1) V. *Ann. de législ. étr.*, 1873, p. 556 et 558, mais la traduction de l'art. 7 est incomplète.

(2) Hinschius, *Das Reichsgesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschliessung vom 6 februar 1875*, Berlin, 1876, p. 119. — Lang, *Handbuch des in Königreich Wurtemberg geltenden Personen-Familien-und-Vormundschaftsrecht*, Tübingen, 1881, p. 346.

(3) Sicherer, *op. et loc. cit.* p. 218.

(4) Sicherer cite une déclaration du Conseil privé du 2 fév. 1817 relative à la guerre de Russie de 1814 et permettant aux veuves d'officiers et de militaires disparus de se remarier après due constatation par l'autorité compétente en matière de mariage; telle est, dit-il, la jurisprudence, qui généralise cette décision.

(5) Falck, *Handbuch des Schleswig-Holsteinischen-Privatrechts*, Altona 1840, IV, p. 480, *contra*: Sicherer *op. et loc. cit.* en note.

13 janvier 1870. — *En Bavière* (1) les effets de la *Todeserklärung* se restreignent en principe à la réglementation des intérêts pécuniaires. Mais d'après les lois du 19 décembre 1873 et 27 juillet 1874 (2) (se référant aux militaires disparus pendant la dernière guerre et pendant celle de 1866), article 14, 3^e alinéa de ces lois, la déclaration de décès remplace l'acte de décès (*Todeschein* ou *Sterbeact*) le conjoint peut donc se remarier; mais si l'absent revient le second mariage est nul. — Dans le royaume de *Saxe* (3) le conjoint présent qui veut contracter une nouvelle union doit prêter serment qu'il ignore si son époux est encore vivant: toutefois le second mariage contracté avant cette formalité mais depuis le jour de la mort présumée ne sera pas nul, parce que la procédure en cette matière confirme seulement la présomption de mort et ne la crée pas (4).

En cas de retour de l'absent nous trouvons ici une disposition originale: le conjoint présent qui s'était remarié peut pendant six mois demander la dissolution de son second mariage à l'effet de renouer les liens du premier. Dans le Droit commun allemand au contraire le second mariage contracté est inattaquable: Certaines législations cependant contiennent sur ce point des dispositions spéciales:

Celle de *Hambourg* fait une distinction: Si du premier mariage il y a des enfants, et qu'il n'y en ait pas

(1) *Bayerisches Civilrecht*, von Roth, Tubingue, 1871, I, p. 160 n^o III. V. loi du 23 fév. 1879, Code de Procéd. civ. et Code des Faillites, la Sect. II traite de l'absence. *Ann. de lég. étr.*, 1879, p. 204.

(2) V. *Gesetz-und-Verordnungs-Blatt für das Königreich Bayern*, 1874, p. 34 et Sicherer, *op. et loc cit.* V. *Ann. de lég. étr.*, 1873, p. 157 et 1874, p. 206.

(3) V. *Das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen*, Ed. Siebenhaar, Leipzig, 1876, p. 15 et 16, — et du même auteur *Commentar zu dem bürgerlichen...*, Leipzig, 1869, III, p. 90, Sicherer, *op. et loc. cit.*

(4) De Savigny, *Traité de Droit romain*, II, p. 17 et sq.

du second, le premier mariage sera rétabli ; sinon, et dans tous les autres cas le second mariage sera maintenu.

Oldenbourg et Hanovre font une autre distinction ? S'il s'agit de protestants, le second mariage est maintenu ; quant aux catholiques l'autorité ecclésiastique statuera.

Enfin nous mentionnerons plusieurs lois spéciales au cas de disparition de militaires à la suite des guerres, et qui, énonçant expressément qu'elles produisent effet, quant à la dissolution du mariage, sont dès lors applicables dans toute l'étendue de l'État particulier au sein duquel elles ont été rendues, nonobstant la diversité de législation sur ce point dans certains *ressorts* de ces États (1) :

Pour les États Prussiens (2), ll. du 24 février 1868 (guerres de 1864 et 1866) et du 2 avril 1872 (guerres de 1870-1871), article 8 : le conjoint peut faire prononcer la dissolution du mariage sur le fondement de cette déclaration de décès ; ce texte sera applicable dans le ressort de la Cour d'appel de Cologne.

Grand Duché de Hesse, l. l. du 9 mai 1868 et du 27 nov. 1872, art. 8, § 8 (pour la province de la Hesse-Rhénane).

Oldenbourg, l. l. du 21 décembre 1872 (pour la principauté de Birkenfeld).

En *Autriche*, ainsi que nous l'avons annoncé, le système des *déclarations de décès* et de leur effet relativement au mariage est organisé avec un soin tout particulier : nous allons en retracer l'économie. Le Code

(1) V. Sicherer, *op. et loc. cit.*

(2) V. Koch, *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, I, p. 161. V. aussi loi du 24 fév. 1851, relative aux accidents de mer, *ibidem*.

civil Autrichien du 1^{er} juin 1811 (1) promulgué par l'Empereur François I^{er} réglemente l'absence dans ses articles 34, 112, 277, 113 et 114, article 24. La mort sera présumée dans les circonstances suivantes : 1^o Lorsqu'il se sera écoulé 80 ans depuis la naissance de l'absent et que le lieu de sa résidence sera inconnu depuis 10 ans ;

2^o Sans égard au temps écoulé depuis la naissance lorsqu'on n'en aura pas de nouvelles pendant 30 ans.

3^o Lorsqu'une personne aura été blessée grièvement à la guerre, ou qu'elle se sera trouvée sur un navire au moment d'un naufrage, ou dans un danger analogue de perdre la vie ; et que depuis cette époque elle ait disparue pendant 3 ans. Quant à la procédure, renvoi à l'article 277 du même Code.

1 V. *Collect. des lois civ. et crim. des États modernes* par Victor Foucher. — Ce Code avait été rendu exécutoire dans le royaume lombardo-vénitien le 31 mai 1815, aujourd'hui régi par le C. civ. italien. V. un résumé sommaire de l'institution des *déclarations de décès* en Autriche dans Ed. Rittner. *Oesterreichisches Eherecht*, Leipzig, 1876, p. 293, note 6 et dans Th. Michel, *Beitrag zur Geschichte des Oesterreichischen Eherechtes*, Gratz, 1870, p. 43. L'institution de la *Todeserklärung* apparaît dans le Code de la Gallicie occidentale de 1797 : déjà elle avait été usitée dans quelques provinces : Bohême, Moravie, Silésie, mais abolie par les *Hofdecrete* du 2 janvier 1789 et du 28 décembre 1791. D'ailleurs même dans le Code de 1797 la *Todeserklärung* n'avait d'effet que relativement aux biens de l'absent. Son effet relativement au mariage et à la possibilité pour le conjoint présent de se remarier se rencontre pour la première fois dans deux décrets du 22 juil. et du 4 octobre 1803 relatifs aux guerres récentes que l'Autriche avait eu à soutenir : voici quelle était la procédure : dans chaque cas la requête de l'époux, qui voulait obtenir la permission de contracter un nouveau mariage était soumise, sans intermédiaire à l'empereur : puis cette demande était transmise à l'autorité judiciaire, laquelle confiait la représentation de l'absent au *Commerprocuratur* ou à un autre *defensor matrimonii*. Si le tribunal croyait devoir accueillir la demande, en raison de circonstances telles qu'il était moralement convaincu de la mort du militaire disparu, il communiquait la cause à l'autorité ecclésiastique et la consultait sur le point de savoir si à l'égard du sacrement aucun obstacle ne s'opposait à la conclusion d'un nouveau mariage civil. — Ainsi que nous allons le voir, d'après le Code autrichien de 1811 l'autorité ecclésiastique n'est plus consultée.

Art. 112. La simple expiration des délais fixés en l'article 24 pour la déclaration de mort et pendant lesquels un époux se sera trouvé absent ne donne pas encore à la vérité à l'autre conjoint le droit de considérer le mariage comme dissous et de convoler à de secondes noces, mais si l'absence est accompagnée de circonstances telles qu'elles ne laissent aucun motif de douter que l'absent ne soit décédé, on pourra requérir du tribunal du district dans lequel le conjoint abandonné à son domicile, la déclaration judiciaire que l'absent doit être considéré comme mort et que le mariage est dissous.

Art. 113. Sur cette demande il est nommé un curateur pour la recherche de l'absent et l'absent sera cité par un édit fixant le terme à un an et qui doit être inséré à trois reprises dans les gazettes; le tribunal, si l'absent ne se représente pas ou s'il ne lui fournit pas autrement la preuve de son existence, passera outre à la déclaration de mort.

Art. 114. — Si ce délai expire sans résultat, le procureur fiscal ou toute autre personne probe et expérimentée devra, sur une nouvelle demande du conjoint présent, être délégué pour la défense du lien conjugal, et après une instruction il sera décidé si la demande doit ou non être acceptée (1). L'autorisation ne devra pas être notifiée immédiatement à la partie, mais être soumise au tribunal supérieur pour être l'objet d'une décision définitive.

On se souvient de la catastrophe du *Ring Theater* à Vienne, le 8 décembre 1881, qui coûta la vie à un si grand nombre de personnes dont les corps ne purent

(1) V. *Oesterreichisches Eherecht*, D. Éd. Rittner, Leipzig, 1876, p. 293 et sq. Vgl. *System des oesterreichischen allgemeinen Privatrechtes*, von D. J. Unger, Leipzig, 1876, I, p. 235 et sq. *Ende der natürlichen personlichkeit*.

être tous retrouvés ou reconnus. Les Chambres, qui y perdirent même un de leurs membres, sollicitèrent aussitôt (séance du 16 décembre 1881) le Gouvernement autrichien de proposer au Parlement une loi spéciale pour régler les questions si graves que cet événement venait de soulever et pour donner une satisfaction aussi prompte, que possible aux intérêts si pressants qui étaient en souffrance.

Mais le Gouvernement, réfléchissant justement aux inconvénients que présentent en législation les lois d'exception, et d'autre part se rendant compte qu'il suffisait de modifier, en raison des circonstances actuelles, le Code civil de 1811, fit rendre par les Chambres la loi du 16 février 1883 (1) dont nous releverons les dispositions suivantes :

Art. 5. — S'il s'agit d'obtenir la déclaration de décès d'une personne qui s'est trouvée exposée à un danger de mort imminent la demande en déclaration de décès peut être formée immédiatement après l'événement qui a mis en danger la vie de l'absent. En aucun cas le jugement prononçant la déclaration de décès ne peut

(1) V. la traduction et l'analyse de cette loi par M. Bufnoir, *Ann. de légis. étr.* 1883, p. 334 et sq. V. *Commentar zum Oesterreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche*, Dr. Moritz von Stubenrauch, 4^e éd. 2 livr. Vienne, 1884, p. 205.

L'art. 1 indique le tribunal compétent : c'est la Cour de première instance dans le ressort de laquelle se trouvait le dernier domicile ou la dernière résidence de l'absent. — *L'art. 3*, 2^e alin. contient cette disposition très remarquable : « *En ce qui touche l'admission et l'appréciation des moyens de preuve le tribunal n'est lié par aucune règle légale* ». *L'art. 7* est relatif aux mesures de publicité par voie d'affiches et d'insertions dans les journaux. — La loi de 1883 modifie également le droit commun en ce qu'elle permet d'introduire la demande en déclaration de décès un an avant l'expiration du délai fixé par l'art. 24 du C. civ. de 1811 ; V. l'art. 5, 1^{er} alin. de la loi (mais sous la réserve de sa disposition finale reproduite au texte. — Enfin d'après l'art. 4 si le dépérissement des moyens de preuve est à craindre, la preuve peut être produite avant la demande en déclaration de décès devant le tribunal de district dans le ressort duquel il y a lieu de faire des constatations qui s'y réfèrent.

intervenir avant l'expiration du délai fixé par l'article 24 du Code civil (c. a. d. 3 ans).

Art. 9. — Si l'absent a laissé un conjoint présent, celui-ci est admis lorsqu'il se trouve dans les conditions exigées par le Code civil à demander qu'à la déclaration de décès soit jointe la déclaration que le mariage doit être considéré comme dissous. En ce cas le tribunal constitue en même temps que l'accusateur un défenseur du lien conjugal (*defensor matrimonii*, *Vertheidiger des Ehebandes*) (1).

Le jugement qui prononce la déclaration de décès statue également sur la demande tendant à faire déclarer que le mariage doit être considéré comme dissous. — La demande du conjoint présent pour faire déclarer que le mariage doit être considéré comme dissous peut aussi être formée postérieurement à la déclaration de décès. Il est procédé sur cette demande conformément aux dispositions de la présente loi, et le tribunal dans son jugement se borne à déclarer s'il y a lieu que le mariage doit être considéré comme dissous (2).

Dans l'un et l'autre cas le défenseur du lien conjugal doit former appel contre la décision qui prononce en première instance que le mariage doit être considéré

(1) V. spécialement l'ordonnance du ministre de la justice du 20 oct. 1851 *Reichs-Gesetzblatt*. n° 251). Cette institution s'explique par l'absence de ministère public en Autriche près des juridictions civiles. V. *Bulletin de la Société de législation comparée*, XI, p. 64, en partic. p. 83. Etude de M. Ch. Lyon-Caen sur le divorce en Autriche (Hofdécret du 23 août 1819 art. 17).

(2) En Hongrie, l'autorité ecclésiastique est reconnue directement compétente pour permettre au conjoint d'un absent à la suite d'une *Todeserklärung*, de se remarier. V. Code de procédure civile hongrois de 18.8, §§ 35 et 40 et 522. L'institution de la *Todeserklärung* est réglementée par les §§ 522 et 523. La mort est présumée d'après les mêmes données que dans l'art. 24 du C. civ. autrichien. V. *System des ungarischen Privatrechtes*. C. Putz, Vienne, 1866, p. 69. Ces dispositions n'ont pas été modifiées par le nouveau C. pr. civ. de 1881. V. *Ann. de lég. étr.* 1881, p. 363 à 369.

comme dissous. Il en est de même à l'égard de la décision qui aurait ainsi prononcé en deuxième instance sur appel d'un jugement contraire en premier ressort (1). — Il y a donc toujours deux décisions conformes de deux tribunaux hiérarchiquement superposés. Cf. dans notre droit en matière d'adoption articles 353 et sq. du Code Napoléon, mais chez nous il n'y a pas dans l'organisation des tribunaux plus de deux degrés de juridictions.

Nous ne croyons pas devoir insister davantage sur le système autrichien des déclarations de décès, il apparaît suffisamment d'après cet exposé que toutes les précautions que mérite la dignité et la sécurité du mariage y ont été prises en très sérieuse considération ; nous ne pouvons que souhaiter de voir le législateur français entrer dans cette voie, que sollicite l'opinion, surtout quand on considère l'invraisemblance de l'absence proprement dite, c'est-à-dire de cet état perpétuel d'incertitude sur la vie et sur la mort, en présence des pro-

(1) Le Code autrichien, à la différence du Code général pour les Etats Prussiens et de plusieurs autres législations allemandes n'a pas prévu l'hypothèse du retour du premier mari et n'a pas statué sur le sort du second mariage contracté par l'époux présent. Voici à cet égard ce que nous trouvons dans les deux auteurs que nous avons pu consulter ; Rittner *op. cit.* p. 80 et L. Schiffner, *Sytematisches Lehrbuch des Oesterr. Civilrecht.* Vienne, 1872, I, p. 122 : le fait de la *Todeserklærung* n'a aucune influence sur la validité du mariage, elle n'a d'autre signification que celle-ci : Si elle n'a pas eu lieu le premier mariage est considéré comme subsistant, donc la preuve de sa dissolution doit être d'abord fournie. Mais s'il est établi que ce mariage n'existait plus lors de la célébration du second, celui-ci est valable lors même qu'il aurait été contracté au mépris des lois régissant l'institution de la *Todeserklærung*. Au contraire si la *Todeserklærung* a été prononcée, dans le cas où il serait plus tard prouvé que l'absent vivait encore au temps de la célébration du second mariage, elle produit cet effet de faire considérer le second mariage comme un mariage permis, mais en aucune façon comme un mariage valable. — Schiffner dit formellement que dans ce dernier cas, le second mariage est nul sauf à reconnaître aux enfants qui en sont issus la qualité d'enfants légitimes.

grès de la civilisation relativement à la facilité et à la rapidité des moyens de communications (1).

Précédemment nous avons applaudi au rejet par le Sénat en 1884 de l'absence comme cause de divorce (2), mais pour d'autres motifs; d'abord dans la loi proposée aucune mesure de protection n'était prise en faveur du mariage de l'absent, tout était critiquable dans ce projet; on ne tenait pas compte du point de départ de l'absence ni des circonstances au milieu desquelles la disparition s'était produite, ou avait commencé l'incertitude sur l'existence par suite du défaut de nouvelles (3). De plus aucune mesure de publicité spéciale n'était ordonnée; celles prescrites par le Code civil relativement à la demande en déclaration d'absence pouvant à juste titre paraître insuffisantes; enfin la procédure dont l'importance est capitale en cette matière pour éviter les abus et les fuites n'était pas réglementée : « *L'absence déclarée* sera une cause de divorce » mais cette cause s'imposera-t-elle aux juges? Eût-il suffi que l'époux demandeur en divorce présentât une expédition du jugement déclaratif de l'absence de son conjoint? (Analog. av. l'anc. art. 261.) Cette marche serait fort défectueuse, en tous cas il faudrait, selon nous, reconnaître aux juges un pouvoir absolu de statuer suivant les circonstances.

Enfin, mais ici notre critique vise plutôt le côté scientifique de la question, car nous ne combattons pas le résultat : savoir la dissolution possible du mariage par

(1) Thibaudeau faisait déjà une semblable réflexion pour son temps : séance du 16 fructidor an IX.

(2) V. le chapitre II, p. 63. D'après le projet voté par la Chambre des députés *l'absence déclarée* eût été pour l'autre époux une cause de divorce.

(3) La distinction des art. 120 et 121 du C. civ. suivant que l'absent a laissé ou non une procuration peut paraître satisfaisante en ce qui concerne les biens non en ce qui touche le mariage.

suite de l'absence prolongée, nous nous attaquons seulement au procédé employé à cet effet : nous croyons que c'est un point de vue faux que de présenter l'absence prolongée comme une cause de divorce.

A nos yeux le divorce peut bien avoir pour cause l'*abandon*, envisagé comme injure grave : il faut alors rechercher si *ab initio* l'absence de l'un des époux présente pour son conjoint un caractère volontairement blessant, par exemple, si elle se complique d'adultère.— Mais l'absence, au sens technique du mot, c'est l'incertitude sur l'existence de la personne disparue. On conçoit que dans telles et telles circonstances cette incertitude sur l'existence puisse devenir une présomption de mort si forte que les juges se croient autorisés à déclarer le mariage dissous ; en réalité, ils admettent le décès comme prouvé en vertu de présomptions de l'homme : ce n'est là qu'une extension dernière du système que nous avons soutenu relativement à la preuve du décès des individus disparus—tandis que le divorce (faisant d'ailleurs toutes réserves sur la critique de l'institution en elle-même) a son fondement et sa raison d'être dans une violation grave commise par l'un des époux de ses devoirs envers son conjoint ; l'idée d'incertitude et de probabilité de mort répugne donc à la notion du divorce. Tel n'a pas été cependant, nous devons le reconnaître, le point de vue auquel se sont placées toutes les législations ; plusieurs, ainsi que nous le verrons plus tard, ont admis l'absence comme cause de divorce : l'absence prolongée semble être alors considérée comme un abandon présumé. Nous le répétons, cette idée nous paraît inexacte ; à moins de circonstances particulières on ne doit pas présumer l'*abandon* ; de plus le système que nous proposons offre l'avantage de ne pas froisser les consciences au point de vue religieux ; nous n'en donnerons

qu'une preuve : Le système des déclarations de décès fonctionne depuis longtemps en Autriche où le divorce n'est pas admis pour les catholiques, et, nous l'avons déjà dit, il ne paraît pas avoir donné lieu à aucun conflit entre la loi civile et autorité ecclésiastique (1).

Il y a une certaine diversité dans les législations des *cantons Suisses* (2). Les uns n'admettent pas de déclarations de décès (*Neuchâtel, Genève, Valais, Vaud, Tessin, Fribourg*) et suivent en conséquence le système français.

Nous trouvons au contraire un système de déclaration de mort (3) très analogue au droit allemand dans le canton de *Berne*, article 15 (*erstes Theil, Personenrecht*) : âge de 80 ans et 5 ans d'absence ; ou 30 ans d'absence, ou 5 ans après un grand danger couru. — *Lucerne*, paragraphe 13, suit les mêmes règles.

Cf. avec des variantes quant aux détails, les *Grisons* (4)

(1) V. le *Bulletin du Comité des travaux historiques et scientifiques, section des sciences économiques et sociales*. Rapport de M. Bufnoir sur la théorie de la preuve des décès des individus disparus, 1885, p. 115.

D'ailleurs l'autorité ecclésiastique demeure évidemment libre de statuer pour ce qui est de son domaine, et théoriquement elle n'est nullement liée par la décision du tribunal séculier qui a prononcé la *Todeserklärung*. V. Rittner, *op. cit.* p. 295 note 9 et Schulte, *Handbuch des katholischen Eherechts*, Giessen, 1855, p. 207.

(2) V. dans le *Bulletin de la Soc. de lég. comp.* 1874, p. 401, une étude de M. Hilly sur les législations de la Suisse. V. surtout *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, Eug. Huber, Basel, 1883, I, p. 49 et sq.

(3) L'article 24 de la loi fédérale du 24 décembre 1874 est ainsi conçu : « Les personnes disparues dont le décès est reconnu par jugement sont inscrites sur le registre des décès avec la mention que cette inscription a lieu en vertu d'une déclaration de mort prononcée par l'autorité compétente. L'autorité qui déclare le décès doit en donner connaissance à l'officier de l'état civil du dernier domicile connu de la personne soit à l'officier du lieu d'origine. » — V. *Annuaire de lég. étr.*, 1875, p. 723.

(4) *Bündnerisches Privatrechts* de Planta, 1860, § 8.

Argovie, Soleure, Glaris, Bâle campagne, Unterwald : — Zurich (1).

Mais il n'est pas aisé de se rendre compte de l'effet de ces déclarations de mort relativement au mariage (2) : Il ne s'est pas produit en Suisse, et cela se comprend, un mouvement de doctrine aussi considérable qu'en Allemagne et les documents précis nous ont absolument fait défaut, notamment pour trancher cette question : la *Todeserklärung* entraîne-t-elle de plein droit la dissolution du mariage ? Il semble que la pratique ait volontiers recours au divorce pour cause d'abandon (*boesvillige Verlassung*) (3) : est qualifiée telle l'absence de l'un des époux sans motif jugé suffisant (et remarquons que l'absent n'est pas là pour déduire ses motifs, l'abus est donc fort à craindre) après deux citations à comparaître dans des délais assez brefs demeurées sans effets.

**§ 2. — Législations admettant l'absence prolongée
comme cause de divorce.**

Dans le système allemand des *Todeserklärungen* la dissolution du mariage (lorsqu'elle s'ensuit) a pour cause une présomption de mort jugée suffisante à raison des circonstances : d'autres législations sont arrivées au même but mais par une voie différente, elles ont admis l'absence prolongée comme cause de divorce. Citons en premier lieu :

(1) V. *Bluntschli*, Code civ. du canton de Zurich, I, § 14 et sq.

(2) V. l'ouvrage très récent de M. Eug. Huber, p. 124 : ce point n'y est par suffisamment élucidé, nous y voyons seulement que dans la législation de *Basel-Stadt*, le tribunal peut accorder au conjoint présent l'autorisation de se remarier, autorisation qui doit être confirmée en appel. — En note de l'Edition Niggeler und Vogt du Code civil du canton de Berne, à la suite de l'énumération des causes de dissolution du mariage nous lisons : « *durch die Verschollenheitserklärung.* »

(3) V. notamment *Berne*, art. 118 et 121, *Argovie*, § 12^o.

La *Russie* : nous y trouvons une organisation très complète d'après les articles 29, 2^e alinéa et 34 du Code civil (Swod) (1).

Le mariage est dissous par la disparition de cinq ans sans nouvelles : le conjoint se pourvoit devant l'évêque diocésain pour obtenir l'annulation du mariage et l'autorisation d'en contracter un nouveau. Pour la procédure, V. articles 35 et 36 modifiés par l'article 295 du Code de procédure civile de 1864 :

Différentes mesures de protection sont prises pour le mariage de l'absent : Une enquête est faite par l'autorité civile contradictoirement avec l'autorité ecclésiastique (qui joue naturellement ici le rôle de *defensor matrimonii*) ; sont entendus dans l'enquête les parents de l'absent, les habitants du lieu de son dernier domicile et ceux du voisinage. Le serment est exigé des personnes appelées dans l'enquête. — De plus on recherche si l'époux délaissé n'est pas la cause de l'abandon : ceci marque bien la différence entre ce système et celui des déclarations de décès : on ne se préoccupe pas seulement des probabilités de mort, mais on recherche en outre s'il y a abandon injurieux et la dissolution du mariage est fondée sur une combinaison des deux idées. L'arrêt du consistoire est soumis à la confirmation du Saint-Synode. — S'il s'agit d'un individu ayant la faculté de séjourner ou bon lui semble dans l'empire, le consistoire ecclésiastique ne procède à l'enquête sus-mentionnée qu'après s'être infructueusement adressé à toutes les autorités gouvernementales à l'effet de découvrir le domicile de l'absent. S'il s'agit d'un militaire, c'est le

(1) V. Code civil de l'Empereur Nicolas, 1^{er}, du 31 janv. 1833 dans la collection de Victor Foucher. V. aussi *Elements de droit civil russe* de M. Lehr, p. 156 et sq. et surtout Glasson, *le mariage civil et le divorce*, p. 410 et sq.

délai de 10 ans qui est applicable. Enfin les militaires, les gens attachés au service du palais et certains fonctionnaires doivent obtenir avant de se remarier la permission de leurs supérieurs respectifs; autrefois les serfs devaient requérir celle de leur seigneur.

Nous relevons dans le *Code Serbe* (1) les dispositions suivantes :

Lorsque l'un des époux tombe en esclavage ou s'éloigne de son domicile pour ses affaires et après avoir prévenu les autorités, au bout de 6 ans l'autre conjoint peut s'adresser à l'autorité ecclésiastique qui fait assigner l'absent à comparaître dans le délai d'un an : faute par lui de se présenter le mariage peut être dissous.

Mais si l'absent reparait, il peut à son choix demander que son mariage revive ou en contracter un autre.

Dans les autres cas d'absence sans qu'il y ait abandon malicieux, l'époux présent peut après 3 à 4 ans demander la dissolution du mariage au tribunal ecclésiastique. Celui-ci fait citer l'absent par les autorités du pays et par la voie des feuilles publiques.

Si l'époux ne se présente pas ou ne donne pas de ses nouvelles dans le délai d'une année, son conjoint peut contracter un nouveau mariage sans que l'absent de retour ait plus tard le droit de réclamer.

Dans le cas où la femme de l'absent ne se serait pas soumise à ces formalités et aurait contracté un nouveau mariage sans autorisation, son mari aurait à son retour le droit de la reprendre ou de demander le divorce.

L'absence de plus de 6 ans figure dans le projet de Code civil pour la *Grèce* comme cause de divorce.

(1) V. Glasson, *op. cit.* p. 426.

En *Danemark* (1), d'après le Code de Christian V, qui remonte à l'année 1684, le mari absent pour son commerce ou pour le service militaire, n'est pas réputé abandonner son conjoint. La femme doit attendre 7 ans au moins. Le mari de retour peut reprendre sa femme à la condition de fournir des certificats constatant sa bonne conduite et sa vie régulière pendant son absence. — Si un condamné à mort dont la peine a été commuée vient à s'échapper et reste trois ans sans être repris, son conjoint peut se remarier au bout de ce temps.

D'après le *Code suédois* (2) de 1734, l'absence de six ans est une cause de divorce ; ce délai peut même être réduit pour des causes graves. — Le mari de retour peut reprendre sa femme en prouvant qu'il n'est pas en faude de n'avoir pas donné de ses nouvelles.

En *Norvège*, le délai est porté à sept ans.

Le Code civil de la *Louisiane* (de 1822 mais plusieurs fois révisé) ne reconnaît pas le divorce, il n'organise pas non plus un système de déclaration de décès, mais il porte dans son article 802 que : « Après dix ans d'absence sans aucune nouvelle, le mari ou la femme de l'absent peut obtenir l'autorisation de justice de se remarier sur justification suffisante de la durée de l'absence sans nouvelles pendant le temps requis par la loi.

L'absent revenant ensuite peut se remarier lui-même et le mariage contracté par l'autre conjoint sur le motif de l'absence demeurera ferme et valide.

(1) V. Glasson, *op. cit.*, p. 436.

(2) V. Glasson, *op. cit.*, p. 448.

APPENDICE. — LÉGISLATION DES INDIGÈNES
DE NOS COLONIES

I. En ce qui concerne notre colonie de l'*Algérie* nous avons recherché les éléments du droit musulman et du droit israélite. En effet, d'une part les musulmans y sont encore à l'heure actuelle régis devant nos tribunaux par leur statut personnel, et quant aux israélites il en fut de même jusqu'en 1870 (1) ; ces motifs suffisent pour donner de l'intérêt à la rapide comparaison que nous allons établir.

a) *Droit israélite* (2). En principe pour que la femme d'un individu qui a disparu puisse se remarier, il faut la certitude de la mort, une probabilité ne suffit pas.

En ce qui touche la preuve de la mort, nous remarquons une grande sévérité pour la constatation de l'identité du corps : il faut que la mort ne remonte pas à plus de trois jours, sauf dans le cas où le corps a séjourné dans l'eau ; mais il faut alors que le corps soit examiné dès la première heure qui a suivi le sauvetage ; application de cette règle fut faite dans une instance devant la tribunal d'Oran en 1865 à la suite du naufrage du Borysthène. Si le corps n'est pas reconnaissable, il faut au moins que les vêtements qui le recouvrent le soient ; enfin si on ne rapporte qu'un membre

(1) Décret des 24 oct. 7 nov. 1870.

« Les israélites indigènes des départements de l'Algérie sont déclarés citoyens français ; en conséquence leur statut réel et leur statut personnel seront à compter lors de la promulgation du présent décret réglé par la loi française. »

(2) V. *Code Rabbiniq*ue de Eben Haezer ; traduct. Sautayra et Charleville, 1868, I, p. 95 et 79 et II, p. 51 et sq.

marqué d'un signe qui permet à la femme de le reconnaître, celle-ci devra attendre un an avant de se remarier.

A défaut de constatation de l'identité du corps, et de la preuve matérielle du décès il y a lieu de recourir à d'autres moyens de preuve; et ici nous nous trouvons en présence d'une casuistique pire que celle que l'on a jamais pu reprocher aux textes du droit romain (1). D'abord la déclaration de la femme que son mari est mort est insuffisante, cela va de soi, toutefois le tribunal apprécie les circonstances alléguées (décès en temps de paix et non pas dans l'agitation de la guerre où une erreur serait plus à craindre, et union dans le ménage).

Si un témoin atteste la mort, cela suffira quoiqu'en principe il faille deux témoins, et l'on admettra même le témoignage des femmes, des esclaves et des parents à l'exception de la mère, de la sœur, des autres femmes, des filles, et de la femme du père du mari (2).

Si un témoin déclare qu'il a vu un homme tomber

(1) Ajoutons que l'absence d'un israélite sans nouvelles et sans motifs plausibles lorsqu'elle s'est prolongée un certain temps donne à son conjoint le droit de demander le divorce pour cause d'abandon malicieux.

V. Glasson, *Le Mariage civil et le Divorce*, p. 150.—S. Mayer, *Die Rechte der Israeliten...* II, p. 385 n° 4 B. le délai indiqué par cet auteur est fort court (*etwa ein halbes Jahr*). Leipzig, 1866.

(2) La preuve d'un fait aussi grave est donc facilitée; c'est le point de vue inverse de la plupart des législations; mais le résultat n'est pas d'ailleurs déraisonnable puisque ces incapacités de droit commun, sont peu justifiables, et que d'autre part en pareille matière on ne choisit pas toujours les témoins. — Remarquons qu'il fut un moment question dans les travaux préparatoires du C. civ. de proscrire en matière d'absence les témoignages des parents successibles ou héritiers présomptifs. V. Observations des tribunaux d'appel de Caen, Orléans et Rennes, rapportées par De Plasman, *Code et traité des absents*, I, p. 106. — Compar. ce point de droit israélite dans le Talmud de Jérusalem. V. *Moïse considéré comme législateur et comme moraliste* par De Pastoret, Paris, 1788, p. 333 et 4. Cf. *Traité Berakhoth du Talmud de Jérusalem* par Moïse Schwab, 1871 p. 330, et *Traité Khethouboth pereck*. II, *Législation civile du Talmud* par le Dr. Israël-Michel Rabbinowicz, 1880, I, p. 133 et sq.

dans un amas d'eau bien circonscrit, et qu'il soit resté assez longtemps sur les lieux pour qu'il ait pu voir reparaitre le corps s'il avait pu survivre, ce témoignage suffira.

Mais s'il déclare avoir vu cet homme tomber à la mer dans un naufrage, la femme ne pourra se remarier, toutefois si elle le fait le divorce ne lui sera pas imposé.

Si un témoin atteste la mort et que la femme ait obtenu l'autorisation de se remarier, puis qu'un autre témoin vienne affirmer que le mari vit toujours, l'autorisation sera maintenue ; mais elle ne pourrait plus être donnée, et si le second mariage était néanmoins contracté il devrait être dissous.

Si deux témoins affirment la mort et que deux affirment la vie, la femme ne peut se remarier, et si elle le faisait le divorce serait imposé (1) à moins qu'elle n'ait épousé l'un des deux premiers témoins.

Si l'israélite disparu avait deux femmes ; l'autorisation de se remarier obtenue par l'une ne profite pas à l'autre.

Que se passe-t-il lorsque le premier mari revient ? La femme doit être répudiée et par le second mari et par le premier : par le second parce que son mariage est nul, et par le premier parce qu'il ne peut reprendre une femme qui a appartenu à un autre et qui a été répudiée par lui. — Les enfants issus du second mariage sont adultérins (*Mamzer*) ; si le second mari avait seulement remis le symbole (*des Fiançailles*) à la femme, ce symbole étant nul, il n'aurait pas besoin de la répudier et

(1) Le Talmud de Jérusalem était moins rigoureux ainsi que nous l'avons constaté plus haut. V. *Législation civile du Talmud*, traité Khethoubth perek, II, p. le Dr Israel Michel Dr Rabbino-wicz 1880, I p. 133 et sq.

le premier mari pourrait reprendre sa femme (1).

b) *Droit musulman* (2) d'après le rite *malékite* qui est le plus répandu sur la côte algérienne ainsi qu'en Tunisie et au Maroc. — Ici nous ne trouvons plus comme dans le droit israélite de longues discussions sur la valeur des preuves du décès, mais au contraire, et cela est beaucoup plus rationnel et se rapproche davantage des systèmes européens, des mesures de publicité en vue de rechercher l'absent et un délai imposé à la femme avant le second mariage.

Une idée domine la matière : si le mari qui a disparu n'a pas pourvu à la subsistance de la femme, sans qu'on ait à rechercher la cause de son absence la femme obtiendra immédiatement sa répudiation. — Ce cas mis à part on se préoccupe au contraire des circonstances de la disparition :

Si le mari est captif le mariage ne sera dissous que lorsqu'il aura atteint l'âge maximum fixé à 70, 75 ou 80 ans.

S'il a disparu sur un champ de bataille dans une guerre entre musulmans la femme se mettra en retraite viduaire après que les combattants se seront séparés. —

(1) Relevons encore ces décisions qui se rattachent à notre matière, Lorsque le mari est parti pour un voyage lointain la femme ne peut rien réclamer pendant les trois mois qui suivent ce départ, la loi ne supposant pas que le mari se soit absenté sans laisser à sa femme des moyens d'existence. Ce délai passé le tribunal pourra autoriser la vente des biens du mari pour pourvoir aux frais de nourriture de la femme, mais le mari de retour pourra déférer à celle-ci le serment sur la nécessité où elle s'est trouvée de requérir cette mesure. — Enfin dans certains cas où l'existence du mari sera incertaine à raison des périls où il serait exposé, celui qui serait porteur du *ghet* (acte de divorce) qu'il envoie à sa femme ne devrait pas le lui remettre. — Dans le cas de naufrage bien que la femme ne puisse pas se remarier, elle a le droit de reprendre sa dot.

(2) V. *Précis de jurisprudence musulmane selon le rite Malékite* par Khalil Ibn-Ischak. Trad. Perron, III, p. 80 à 91, 1848. Cf. *Droit musulman : Du statut personnel et des successions* par Sautayra et Cherbonneau, 1873, I, p. 223 et sq.

Si c'était dans une guerre entre musulmans et infidèles la femme devra d'abord rechercher son mari pendant un an.

La femme du musulman qui a disparu sur les terres de l'Islam doit en référer aux autorités (Kâdi ou Ouâli) qui prendront des mesures de publicité, notamment expédieront un rescrit avec son signalement, ses noms et ceux de son père, dans le pays où on croit être le mari. — Si aucune nouvelle ne parvient, un délai d'expectation de quatre ans est fixé à la femme libre et de deux ans à la femme esclave.

Du jour où l'absent est présumé mort, commence la retraite dont la durée est de quatre mois et dix jours, ou de neuf mois suivant les cas (avis du Conseil supérieur de jurisprudence musulmane de mai 1868). Alors la femme peut se remarier sans avoir besoin d'autorisation.

Si l'absent avait plusieurs femmes, que l'une ait fait procéder à une instance régulière et ait été soumise à l'expectation puis à la retraite, les autres pourront l'invoquer et leur expectation sera réputée avoir commencé du jour de l'expectation de la première femme.

En cas de retour du mari, il reprendra sa femme à moins que le second mariage n'ait été consommé, auquel cas la femme appartiendrait au second mari (1).

II. — *Droit annamite et chinois* (2). Ce droit est fort curieux en lui-même et de plus, ainsi que nous le

(1) Quant au mari dont une femme est absente, pour qu'il soit soumis à des formalités il faut supposer qu'il a déjà 3 femmes, puisqu'il peut en avoir quatre.

2 V. *Code annamite et chinois*, traduction des textes et commentaires officiels par P. L. Philastre, Paris, 1876. Ern. Leroux édit. I, p. 538 et sq. art. CVIII.

montrerons, il a servi de base à une rédaction du Code civil pour nos possessions annamites (1).

Si parce que l'époux est en fuite et a disparu les renseignements ne parviennent plus, on ne sait s'il s'en va ou s'il revient, s'il est vivant ou s'il est mort, l'épouse (de premier rang) doit encore attendre au moins 3 ans et exposer le fait aux tribunaux pour qu'ils décident et prononcent; si dans l'intervalle de 3 ans l'époux prend la fuite et s'en va sans informer l'autorité compétente, elle est punie de 80 coups de *truong*; si de sa propre autorité elle se remarie, la peine est de 100 coups de *truong*. — Dans les mêmes cas la concubine est également puni mais la peine est diminuée de deux degrés : 60 et 80 coups de *truong*.

Selon que la femme se sera remariée après un ou deux ans (2), et aussi selon la position de la femme, qui peut être très différente comme pauvreté ou comme richesse, il en résultera que l'épouse doit retourner au premier époux ou doit rester unie au dernier selon les conditions du fait, et d'après un jugement basé sur ces conditions. Des distinctions sont faites également suivant que le second mariage a été régulièrement célébré, ou qu'il y a eu union accidentelle. V. articles 77 et 332 où des peines sont édictées contre ceux qui ont recueilli et conservé les personnes en fuite, et contre la fornication avec séduction et entraînement. Enfin relevons cette définition de l'absence: « *L'époux ayant pris la fuite et disparu*, » cela signifie qu'il est parti soit parce

(1) Pour nos établissements de l'Inde V. *Manuel de droit indou* p. F. N. Laude, Pondichéry 1869 p. 45 nous lisons ceci : « Les femmes peuvent en cas d'absence prolongée de leur mari contracter un autre mariage (Décision du Comité consultatif de jurisprudence indoue du 4 septembre 1840) ». — D'autre part la loi de Manou Liv. V loc. 157 interdit aux veuves de se remarier : V. *Leçons de droit indou* L. de Langlard conseiller à la cour d'appel de Pondichéry, 1884, p. 75.

(2) V. *op. cit.* p. 543.

qu'il avait commis une faute, soit à cause de troubles suscités par guerre ou rébellion, soit parce qu'il mène une vie errante à cause de ses vices, soit pour tout autre cause analogue. S'il est parti pour tout autre motif, comme un voyage ou bien pour faire du commerce, pour rechercher ses parents absents etc. on ne peut pas dire qu'il a pris la fuite et qu'il a disparu. Dans ce dernier cas bien qu'il ne soit pas revenu même après un grand nombre d'années, il n'est pas compris dans la portée de cette disposition.

Rapprochons immédiatement de cette législation indigène, le Précis de la législation annamite rédigé en exécution de l'article 3 du décret du 3 octobre 1883 par ordre du ministre de la marine et de la justice (1).

Tit. IV : *De l'absence.*

Articles 115 et 141.— Après deux ans l'absence est constatée, un an après elle est déclarée; le tribunal peut en même temps déclarer le conjoint de l'absent délié du lien conjugal et l'autoriser à contracter une nouvelle union.

ARTICLE III. — *Questions de droit international privé.*

Après cette revue des différentes législations en notre matière, nous devons nous préoccuper des questions de droit international privé qui s'y rattachent, c'est-à-dire du conflit de ces législations avec notre Code civil. Nous examinerons donc les deux points suivants :

1° Un étranger résidant en France peut-il faire procéder à la déclaration du décès de son conjoint disparu

(1) *Ann. de législ. fr.* 83, p. 130 et sq. V. *Projet de Code civ. à l'usage des annamites*, p. M. Lasserre, vice-président de la Cour d'appel de Saïgon, Saïgon, 1884.

en demandant à un tribunal français d'appliquer la loi de son pays qui admet cette institution;

2° Un étranger qui a obtenu dans son pays la déclaration de décès (entraînant faculté de contracter un nouveau mariage) de son conjoint disparu, peut-il se remarier en France soit avec une de ses compatriotes, soit avec une française?

Notre jurisprudence n'a pas eu, que nous sachions, à statuer sur ces hypothèses; mais les principes permettent de les résoudre.

La première question posée soulève un débat préalable sur la compétence des tribunaux français quant aux actions relatives à l'état de l'étranger. — La majorité des auteurs et la jurisprudence ne semblent pas admettre cette compétence (1). Nous n'insisterons pas sur ce point, mais nous ferons remarquer qu'il s'agit ici d'une matière intéressant l'ordre public et les bonnes mœurs, article 3, 3^e alinéa, Code civil. Or la loi française n'ayant pas admis l'absence prolongée comme une cause de dissolution du mariage, ni par la voie d'une déclaration, de décès, ni par celle d'une instance en divorce, tous ceux qui habitent le territoire français doivent s'y conformer (2). — Ajoutons que nos lois de procédure et notre organisation judiciaire et administrative ne se prêteraient pas toujours à l'application des formalités diverses prescrites par les législations étrangères organisant le système des déclarations de décès: Enfin que, du moins dans le cas où la disparition du conjoint remonterait à l'époque où les deux époux habitaient tous

(1) V. Dall. 55, 2, 5. — Aubry et Rau, VIII, p. 144. Fœlix, *Droit intern. privé*, 1, 158. — *contra*: Laurent, *Droit civil international*, IV, n° 46 et sq. et la jurisprudence belge V. Cass. belge, 3 avr. 1848. Pasierisic 48, 1, 358.

(2) Il est certain qu'un français ne pourrait en pays étranger obtenir une *Todeserklæring* de son conjoint et se remarier, art. 170, C. civ. et art. 3, 3 alin.

les deux l'étranger, les mesures de publicité pour être efficaces devraient émaner des autorités ou des tribunaux de ce pays. Toutes ces raisons militent donc pour faire déclarer non recevable la demande du conjoint de l'étranger absent (1).

Quant à la deuxième question soulevée, nous pensons qu'elle peut être comparée à un autre problème qui fut longtemps en France l'objet de solutions divergentes dans la jurisprudence ; nous voulons parler du droit qu'un étranger régulièrement divorcé dans un pays, voulait exercer contracter un second mariage en France soit avec une étrangère, soit avec une française. On sait que la Cour de Paris (2) s'obstina longtemps à ne pas admettre ce mariage se fondant sur ce que la demande était contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public tels du moins qu'ils étaient alors appréciés par la loi française (loi du 8 mai 1816 abolitive du divorce). Mais la Cour suprême cassa ces décisions qui reposaient sur un raisonnement erroné. Les vrais principes qu'elle a consacrés sont ceux-ci (3) :

Le point de départ est pris dans le Code civil : article 147 on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier, mais relativement à la dis-

(1) V Weiss, *Traité élémentaire de droit internat. privé*, 1886, p. 589. — N. Laurent, *Droit civil international* IV, n° 300 soutient qu'un hollandais, par exemple, devrait être admis à requérir devant un tribunal français la déclaration de décès de son conjoint ; il ajoute cependant que cette décision du tribunal ne pourrait lui permettre de se remarier. — Sans doute, en France — mais *quid* dans son pays ? — il faudrait tout au moins appliquer les règles sur la force exécutoire des jugements rendus par des tribunaux français en pays étrangers. — Nous préférons la solution absolue donnée au texte.

(2) Paris, 30 août 1824, 20 mars 1843, 4 juillet 1859. D. 25, 2, 67 ; 44, 2, 89 ; 48, 2, 239 ; 59, 2, 153.

(3) D. 60, 1, 57 ; 28 fév. 1860, V. les conclusions de M. le procureur général Dupin qui y sont rapportées *in extenso* ; V. l'arrêt de la Cour de renvoi, Orléans 19 avr. 1860. D. 60, 2, 82. Cf. Cass., 15 juillet 1878. D. 78, 1, 340.

solution du premier mariage, il faut envisager l'état de l'étranger d'après sa loi nationale, d'après son statut personnel.

D'après cette loi est-il déjà marié, il ne peut contracter en France un nouveau mariage alors même que son statut personnel (par exemple la loi musulmane) permettrait la polygamie : ici, en effet, l'ordre public, l'article 147 du Code civil seraient manifestement violés ; mais d'après cette même loi son mariage est-il régulièrement dissous, soit par le divorce, et nous ajouterons soit par une déclaration de décès, la loi française ne peut considérer cet étranger comme étant encore marié « sans manquer au respect dû aux législations étrangères statuant sur l'état et la capacité des personnes soumises à leur souveraineté. » (1) Nous n'insisterons pas sur les considérations d'ordre public qui étaient déjà fort insuffisantes en ce qui concernait le divorce et qui le sont

(1) V. Weiss, *op. et loc. cit. contrà*, Laurent, *Droit civ. intern.*, IV, 549, et VI, n° 341 et 342. — le même auteur décide que le second mariage contracté par un étranger dans son pays, conformément à sa législation permettant le second mariage au conjoint d'un absent, serait inattaquable en France. *Droit civil internat.*, IV, n° 300. Cf. Fr. Wharton, *Treatise on the conflict of laws*. Philadelphie, 1872, ch. IV, § 133 ; cette proposition nous paraît incontestable : M. Laurent ajoute que l'art. 139 Code Nap. devrait recevoir son application dans le cas de retour de l'étranger absent et que celui-ci aurait le droit d'attaquer le second mariage de son conjoint (mais ce droit n'appartiendrait qu'à lui seul, d'après la doctrine de M. Laurent, qui est aussi la nôtre sur l'art. 139) Nous ne voyons pas la base de l'action en nullité que voudrait exercer cet étranger ; et les questions d'état étant avant tout de statut personnel, nous pensons que le second mariage régulièrement contracté par son conjoint serait en France absolument inattaquable, à moins que la loi nationale de l'absent de retour ne lui ouvre l'action en nullité, d'ailleurs sous la réserve des difficultés relativement à la compétence que nous avons signalées plus haut.

Nous serions portés à admettre que la femme française devenue étrangère par son mariage et qui se trouverait dans la situation prévue au texte pourrait recouvrer la qualité de française en usant du bénéfice de l'art. 19 2^{al}. C. civ.

encore d'avantage en ce qui touche la preuve ou la présomption de décès admise par telle ou telle législation étrangère, après qu'il a été satisfait à cet ensemble de formalités protectrices de la dignité du mariage que nous avons signalées.

DEUXIÈME PARTIE

DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AUX EFFETS DU MARIAGE

Nous venons de voir dans une première partie que l'absence quelque prolongée qu'elle soit n'est pas une cause de dissolution du mariage ; il importe maintenant de tirer les conséquences de ce principe.

Si le mariage subsiste, continue-t-il à produire tous ses effets ? ou certains de ses effets subissent-ils quelques modifications ? La réponse à cette question est nécessairement complexe comme la question elle-même ; nous examinerons donc successivement les principaux effets du mariage (1) : Ces effets peuvent se décomposer ainsi :

- 1° Droits et obligations entre époux ;
- 2° Présomption de paternité à l'égard du mari ;

(1) Nous ne traiterons que des effets *directs* du mariage ; c'est ainsi qu'il ne sera pas question dans cette étude de la condition des enfants mineurs et de leurs rapports avec le conjoint présent. Ch. IV, tit. de l'abs. C. civ. — Ce sont là plutôt des *effets de l'absence quant à la puissance paternelle et quant à la tutelle des enfants de l'absent*. V. au point de vue de la méthode MM. Aubry et Rau, I, p. 633 et 637 n.° III et IV de leur section *de l'absence*.

3° Régime matrimonial que le mariage établit soit directement, soit en donnant force et vie aux conventions antérieurement rédigées ;

4° Droits successifs de l'époux survivant.

Nous consacrerons un dernier chapitre à quelques notions de droit comparé.

CHAPITRE PREMIER

EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AUX DROITS ET OBLIGATIONS ENTRE ÉPOUX

Le mariage fait naître entre les époux des droits et obligations réciproques, et en même temps frappe la femme d'une incapacité.

Article 212. — Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance.

Les articles 213 et suivants consacrent l'incapacité de la femme mariée.

§ 1. — De l'obligation de fidélité.

L'époux présent doit garder à l'absent la fidélité conjugale, c'est une conséquence directe et inévitable du maintien du lien de mariage. On peut remarquer toutefois que ce devoir sera dépourvu de sanction tant que l'absent ne reparaitra pas, puisque le droit de dénonciation au ministère public ne saurait appartenir qu'à lui seul.

La femme poursuivie en adultère par son mari de retour pourra alléguer la nullité de son mariage et de-

mander que cette nullité soit jugée préalablement. Pourrait-elle alléguer sa *bonne foi* qui, dans l'espèce, consisterait dans la croyance où elle était en son veuvage et que ses relations ne constituaient qu'un simple concubinage? ou bien est-ce le cas d'appliquer la célèbre maxime : « *Danti operam rei illicitae, imputantur omnia quae sequuntur praeter voluntatem suam* ». Cette femme en ayant des relations hors mariage avec un homme savait qu'elle agissait mal, peu importe qu'elle ait cru commettre un mal moindre? Mais cette maxime à supposer qu'elle soit applicable dans notre droit pénal, ce sur quoi les criminalistes (1) sont fort loin d'être d'accord, ne le serait que dans le cas de fait illicite défendu et puni par une loi positive, non dans celui où le fait est seulement prohibé par la morale : et tel est le cas du concubinage dans lequel a vécu le conjoint de l'absent qui se croyait veuf.

§ 2. — De l'obligation de secours.

Puisqu'il y a séparation de fait entre les époux, il ne peut être question d'assistance personnelle, si ce n'est à ce point de vue déjà signalé que la femme pourrait, invoquant l'abandon comme injure grave, demander le divorce contre l'absent.

Quant aux secours pécuniaires, l'époux présent continue certainement à y avoir droit : il serait, en effet, contradictoire et injuste de considérer le mariage comme maintenu en tant que lien s'opposant à ce que l'époux présent trouve des ressources dans un second mariage, et de refuser à l'époux présent le droit de demander

(1) V. *Répert. de dr. crim.* de Morin, V^o intention. *Encyclopéd. du Droit* de Sèbire et Carteret, V^o adultère, article de M. de Vatimesnil.

une pension alimentaire aux envoyés en possession des biens de son conjoint (1), par ce motif qu'il ne peut prouver l'existence de ce dernier ; nous trouverions même trop rigoureux que les envoyés en possession puissent écarter la réclamation de l'époux présent en lui opposant qu'il a refusé sans motifs plausibles de suivre son conjoint dans son voyage au cours duquel il a disparu (2).

Pratiquement, tout ceci doit être combiné avec le règlement des intérêts pécuniaires des époux en cas d'absence de l'un d'eux ; mais, dès à présent, nous pouvons dire que l'article 124, qui permet à l'époux présent de rester en possession des biens de l'absent de préférence à ses héritiers, ne s'applique que dans le cas du régime de communauté ; et que d'ailleurs la continuation de la communauté cesse nécessairement lors de l'envoi en possession définitif ; à ce moment, et aussi dans tous les cas où l'époux présent réduit à ses biens personnels ne peut subvenir à ses besoins, il pourra demander une pension alimentaire aux héritiers de son conjoint, qui ont recueilli son patrimoine (3).

Par les mêmes motifs, nous admettons que l'époux présent peut demander des aliments à ses beaux parents, c'est-à-dire aux ascendants de son conjoint quoique l'article 206 décide que l'obligation alimentaire s'éloigne par la mort de celui des époux qui produisait l'affi-

(1) V. l'art. 26, 5^e alin. du nouveau Code civil Italien.

(2) V. Aubry et Rau V. p. 432 et 433.

(3) Il n'en seront tenus évidemment que dans la mesure des biens dont ils ont été envoyés en possession. — Nous proposons d'admettre cette décision sans qu'on soit d'ailleurs obligé d'en conclure que la dette alimentaire est passivement transmissible. On connaît sur ce point la théorie fort critiquable de la jurisprudence, qui admet cette transmissibilité lorsque du vivant des époux une convention ou un jugement a fixé le chiffre et le mode de paiement de la pension alimentaire.

nité et des enfants qui sont issus du mariage (1). A la vérité, l'époux présent ne peut prouver l'existence de son conjoint, mais, nous le répétons, il serait trop dur de lui refuser ce secours. Remarquons que les ascendants du conjoint absent sont tenus de cette obligation en une double qualité : comme ascendants (art. 206 interprété d'après la règle de la réciprocité de l'art. 207), mais aussi comme envoyés en possession au moins pour partie des biens de l'absent; ils sont, en effet, héritiers réservataires, article 915 et le testament de l'absent, qui est provisoirement mis à exécution, n'a pu les écarter complètement; seulement nous ferons observer une chose, c'est que l'obligation alimentaire pèse avant tout sur ceux qui ont recueilli le patrimoine de l'absent, donc conjointement dans notre hypothèse sur les légataires et sur les ascendants réservataires eu égard à ce qu'ils ont recueilli; ce n'est qu'après épuisement du patrimoine de l'absent que l'obligation pèserait sur les ascendants en cette qualité; et ils en seraient tenus alors sur leurs biens personnels.

§ 3.— De l'incapacité de la femme de l'absent.

La femme présente, puisque son mariage est réputé subsistant, demeure incapale dans les termes du droit commun (2); c'est ce que décide l'article 122 du Code civil. Si le mari est (interdit ou) absent, le juge peut en connaissance de cause autoriser la femme soit pour ester en jugement, soit pour contracter.— Il n'y a pas à dis-

(1) Il faut supposer bien entendu que l'époux présent a perdu ses propres ascendants, ou qu'ils ne peuvent venir à son secours.

(2) Cf. Pothier pour notre ancien droit, *Traité de la puissance du mari sur la personne et les biens de la femme*, n° 27.

tinguer entre les différentes périodes de l'absence (1), lisons en effet l'article 863 du Code de procédure civile : « Dans le cas de l'absence présumée du mari, ou lorsqu'elle aura été déclarée la femme qui voudra se faire autoriser à la poursuite de ses droits présentera requête au président du tribunal, qui ordonnera la communication au ministère public et commettra un juge pour faire son rapport à jour indiqué. » Il y a cette différence avec le cas de simple non présence du mari ou de son refus d'autorisation qu'il ne peut lui être adressé de sommation (2) : la femme n'a pas de contradicteur ; c'est un motif de plus pour que le tribunal examine sérieusement la demande, le juge commis devra rechercher la vérité de la présomption d'absence alléguée ; si l'absence a été déclarée la femme présentera simplement une expédition du jugement.

Quelle sera la sanction du défaut d'autorisation ? Ici se pose la question de preuve si difficile en notre matière. Sera-ce à la femme attaquant le contrat passé par elle de prouver l'existence de son mari au jour du contrat ? sera-ce au contraire à son adversaire de prouver le décès du mari à cette même date ? Or par hypothèse ni l'une ni l'autre de ces justifications n'est possible. MM. Aubry et Rau (3) imposent à la femme le fardeau de la

(1) Donc avant la déclaration d'absence (V. *Journ. des aud.*, p. 17, du *Supplém.*, ann. 1811 ; Colmar, 31 juil. 1810, aff. Faulte ; et Trav. Prépar. ; Fen. IX, p. 78) et même après l'envoi en possession définitif la femme doit être autorisée ; on ne peut jamais dire dans le système français que la présomption de mort prédomine absolument. V. Demolombe, *de l'absence*, p. 365, combattant l'opinion contraire soutenue dans un article de M. Justin Bauby, *Moniteur des tribunaux*, du 15 fév. 1857. — V. *Leçons de procéd. civ.*, de Boitard, Colmet Daage et Glasson, II, p. 568. V. encore D. 71, 1, 493 et note de M. Garsonnet.

(2) V. Bordeaux, 13 janv. 1869, D. 70, 2, 115. — Cass., 15 mars 1837 ; D. 37, 1, 152, aff. Langlois.

(3) Tome 1, p. 635 et 6. Cf. Demolombe, II, 267. Ces auteurs invoquent à l'appui de leurs argumentation l'art. 139, C. civ. lequel ne permet de faire prononcer la nullité du second mariage que sous la condition de la

preuve, se basant sur le principe fondamental de l'article 1315, qui impose à quiconque réclame un droit d'en établir le fondement; or, disent-ils, l'obligation contractée par la femme sans autorisation n'est entachée de nullité que si elle avait effectivement la qualité de femme mariée au jour de la passation du contrat.

Nous croyons cependant avec la jurisprudence que ce sera au créancier de la femme à prouver le décès de son mari à ce jour (1). — Nous appuierons ainsi notre solution (2). Oui la personne qui se prévaut d'une incapacité doit la prouver; mais ici en quelle qualité la femme est-elle déclarée incapable? les principes généraux de l'absence eussent suffi pour faire décider que l'incapacité de la femme de l'absent subsistait puisque son ma-

preuve par l'intéressé de l'existence de l'absent lors de la célébration de ce second mariage; mais nous croyons que le législateur s'est inspiré avant tout de l'idée qu'il ne fallait pas troubler sur une simple incertitude des intérêts aussi graves que ceux qui dépendent d'un mariage: au dessus de l'art. 1315 il y a une question d'ordre public.

(1) La première jurisprudence de la Cour de cassation s'était prononcée en sens contraire. V. Cass. 30 août 1826, aff. Lacoutière, D. 26, 1, 15. — Cf. Caen, 13 déc. 1875, aff. Briault, D. 77, 2, 108. — Mais V. dans le sens de notre opinion, Lyon, 11 juin 1833, aff. Blanchin, D. 34, 2, 143; Dijon, 1 juin 1854, D. 56, 2, 230, aff. Charbonnier. Enfin la Cour de cassation par un arrêt très récent s'est prononcée en ce dernier sens: Ch. civ., 9 mai 1882, D. 83, 1, 251, aff. Desgroiselles, rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'Amiens du 22 juin 1880.

(2) Cf. Pothier, *op. et loc. cit.* seulement il faut reconnaître que, du moins dans le dernier état de notre ancien droit, la nullité de l'obligation contractée par la femme mariée non autorisée n'avait pas le même caractère que dans le Code civil (n° 4 et 5); c'était une nullité absolue pouvant être invoquée même par le co-contractant, aussi Pothier s'exprime-t-il ainsi: la femme ne pourrait pas établir la validité des contrats et autres actes qu'elle aurait faits sans autorisation, faute de pouvoir prouver que lorsqu'elle a fait ces actes son mari était mort et qu'elle avait le pouvoir de contracter sans autorisation. — Au contraire à l'époque de Beaumanoir la femme n'étant considérée comme incapable que dans l'intérêt du mari, elle redevenait dans le cas d'absence du mari libre et reprenait sa vigueur «qui était obombrée et couverte par la puissance du mari». Guy Coquille, question 100, V. Gide, *Etude sur la condition privée de la femme*, édit. de de M. Esmein, p. 871 et 425.

riage n'est pas dissous ; cependant deux textes ont pris soin de déclarer que cette femme, par cela seul que l'existence de son mari était incertaine, devait requérir l'autorisation de justice : ceci posé, et la femme ayant contracté seule, pour obtenir la nullité de son engagement il lui suffit de prouver qu'elle a contracté étant dans telle condition ou la loi exigeait qu'elle se fit autoriser, en un mot qu'elle était femme d'absent ; sauf à l'adversaire à prouver qu'elle était en réalité veuve ; en d'autres termes, il suffit de prouver qu'une incapacité a commencé pour le demandeur, c'est ensuite au défendeur à prouver que cette incapacité a cessé (1). — Nous ajouterons que la décision opposée aboutirait en fait à rendre dépourvus de sanction les articles 222, Code civil et 863,

(1) Nous trouvons la consécration de cette doctrine dans un arrêt fort important de la Cour de cassation du 29 janv. 1879, aff. Lallier. Ch. civ. rejet (après délib. en ch. du cons.) le pouvoir formé contre l'arrêt de la Cour de Paris du 19 avr. 1876 ; D. 79, 1, 76. — Il s'agissait d'une donation faite à une femme d'absent et acceptée par celle-ci sans autorisation de justice (art. 934, C. civ.) ; on sait que dans une opinion généralement reçue la nullité de cette donation n'est pas seulement relative, mais qu'elle est absolue, pouvant être invoquée par tout intéressé ; V. Aubry et Rau, VII, p. 61, texte et note 12 ; dans l'espèce la nullité était demandée contre la femme ; celle-ci prétendait qu'elle avait pu accepter cette donation sans autorisation, ou tout au moins que c'était au demandeur à prouver qu'elle était incapable lors de son acceptation. La Cour de cassation repoussa cette prétention de la femme : « Attendu que son mariage antérieur à la donation était démontré, elle devait prouver au jour de l'acceptation ou son autorisation d'accepter ou la dissolution de son mariage » N'est-ce pas la consécration de notre doctrine ? celui qui a intérêt à contester une incapacité préexistante doit prouver que cette incapacité avait pris fin lors de l'acte qu'il veut faire déclarer valable. — Ce qui prouve bien encore qu'il ne faut pas exagérer la portée de cette autre formule ; la personne qui se prévaut d'une incapacité et par suite d'une nullité doit la prouver, ce sont les décisions suivantes qui sont incontestées : 1° ce n'est pas à la femme, qui allègue la nullité du contrat passé par elle sans autorisation, à prouver le défaut d'autorisation, c'est à son adversaire à prouver qu'elle a été effectivement autorisée. Aubry et Rau, V, p. 162 ; 2° la femme alléguant son mariage qui la rend incapable n'est pas tenue d'en prouver la validité ; 3° un individu prétend avoir contracté étant frappé d'interdiction : ce sera à son adversaire à prouver qu'il y avait eu main-levée du jugement d'interdiction au jour du contrat.

Code de procédure ; c'est ce qu'a fort bien aperçu la Cour de Dijon dans l'arrêt précité : « il en résulterait que par une simple déclaration de viduité la femme se trouverait engagée irrévocablement, et hors d'état de pouvoir réclamer le bénéfice toujours inaliénable d'une incapacité légale et d'ordre public. » On peut invoquer par analogie l'article 1307, Code civil qui décide que la simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait pas obstacle à sa restitution (1). Il en serait différemment si la femme avait employé des manœuvres pour se faire croire célibataire ou veuve : argument par analogie de l'article 1310, Code civil qui statuant toujours sur l'hypothèse du mineur le déclare non restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit. (2)

Pothier (*op. cit.* n° 28), ajoutait que dans l'intérêt du commerce et de son propre crédit, lorsqu'une femme dont le mari passe pour mort dans le public a contracté sans autorisation sur la foi de certificats en bonnes formes de sa mort « tant la femme que ceux qui ont contracté avec elle, ayant eu sur le fondement de ces certificats un juste sujet d'être persuadés de la mort du mari et ayant en conséquence contracté de bonne foi, cette bonne foi doit suppléer au défaut d'autorisation et rendre ces contrats valables. *Error communis facit*

(1) V. Pothier, *op. cit.* n° 53 et 54 « citant l'ancienne maxime : *Qui cum aliquo contrahit debet esse gnarus conditionis ejus cum quo contrahit* !

(2) La question est véritablement délicate MM. Aubry et Rau avaient d'abord enseigné 1° Ed. III, § 472 note 90 que l'acte passé par cette femme n'en n'était pas moins nul, mais qu'elle était alors passible de dommages-intérêts. V. Paris, 6 nov. 1866. D. 67, 2, 92 et note. — Plus tard ces auteurs admirent le dol de la femme comme une fin de non recevoir que le créancier peut lui opposer. III. Ed. § 472, *in fine* En effet la réparation la plus exacte et la mieux appropriée du dommage causé par le dol, c'est le maintien de l'acte lui-même. Mais le mari non complice des manœuvres de la femme, et tel serait le cas du mari absent de retour, pourrait invoquer le défaut d'autorisation.

jus (1). » Nous serions portés à admettre ce tempérament au système que nous avons exposé plus haut (2). Nous admettons également que la justice pourra conférer à la femme une autorisation générale concernant l'administration (3). Mais ceci demande à être combiné avec les explications que nous aurons à fournir sur les effets de l'absence relativement aux conventions matrimoniales.

L'hypothèse du mari absent est une de celles où l'on discute surtout si l'autorisation de justice est suffisante pour habilitier la femme à faire le commerce : l'article 4 du Code de Commerce est conçu en termes très restrictifs : La femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari. A cet argument de texte, que nous considérons comme décisif, (4) on oppose le prétendu principe que l'autorisation de justice peut toujours suppléer l'autorisation maritale, en cas de refus ou d'impossibilité de consentir de la part du mari.

Mais c'est en quelque sorte répondre à la question par la question elle-même ; ce principe comporte d'ailleurs des exceptions certaines (art. 1029, Code civil, 1004 Code civil et 83 C. proc. combin.) de plus les art. 218 à 224 du Code civil qui en effet prévoient que l'autorisation de justice peut dans certains cas énumérés

(1) Loi *Barbarius Philippus* au Digeste, 3, 1, 14, *de offic. praet.*

2 La question avait été soulevée dans l'aff. Briault jugée par la Cour de cass. le 13 déc. 1875, (arrêt précédemment cité. V. D. 77, 4, 108) mais ayant donné gain de cause au créancier de la femme, en imposant à celle-ci le fardeau de la preuve de son incapacité, la Cour déclara qu'il était inutile d'examiner cette question.

3 Pothier, *op. cit.*, n. 27 propose un peu timidement cette solution : « j'aurais de la peine, dit-il, à ne pas regarder comme valables tous les actes et contrats de pure administration quoique faits sans autorisation. Il est pourtant plus sûr que cette femme se fasse autoriser par le juge pour cette administration.

4 Aubry et Ran V. p. 155 citant les travaux préparatoires du Code de commerce, Locré XVII p. 132. 151 et 8.

remplacer l'autorisation maritale montrent par leur rédaction spéciale que les auteurs du Code civil n'ont pas voulu en faire un principe général : l'article 220 se borne à supposer que la femme est marchande publique, il ne tranche donc pas notre question. *In fine* il décide que cette femme même non autorisée spécialement s'obligeant pour ce qui concerne son séjour obligera son mari s'il y a communauté entre eux ; d'où l'on a conclu avec raison qu'en admettant que la femme pût se faire autoriser par la justice à faire le commerce elle n'obligerait pas la communauté ni par suite les biens du mari. Pour ce qui est du domaine des considérations il y aurait beaucoup à dire : On objecte que dans le cas d'absence du mari, à la différence de celui où il refuse son autorisation, on peut croire que s'il était présent il accorderait cette autorisation ; que de plus il est dur d'empêcher la femme, qui ne peut se remarier, de chercher des ressources dans le commerce. Nous répondrons qu'il se pourrait fort bien aussi que le mari, s'il était présent, refusât l'autorisation et que la justice ne peut lui demander compte des motifs de son refus, que d'autre part la justice n'est pas à même comme lui d'apprécier les aptitudes de la femme à faire le commerce et à embrasser une profession qui, si elle offre des chances de gain, présente de graves dangers ; à ce point de vue nous ajouterons qu'à l'époque du Code civil et cela jusqu'en 1867 il y avait un danger particulier inhérent à l'application de la contrainte par corps p'us étendue en matière commerciale qu'en matière civile. V. l.l. 24 ventôse an V, 15 germinal an VI, tit.2, 17 avril 1832(1).

(1) V. sur cette question le *Précis de droit commercial* de MM. Lyon-Caen et Renault, I, p. 92 : — La jurisprudence n'a statué que dans des cas de séparation de corps, mais remarquons que dans cette hypothèse on peut crain-

Nous ne ferons plus qu'une observation sur cette matière : l'article 135 du nouveau Code Italien décide (1) que l'autorisation de justice n'est pas nécessaire si le mari est absent. La femme agit alors seule et sans contrôle.

Cette différence avec notre article 222 est basée sur une conception différente du fondement de l'incapacité de la femme mariée. Gide (2) observe que le législateur italien s'est écarté de l'idée française qu'il faut protéger la faiblesse de la femme, et a reconnu que s'il l'avait soumise dans les actes civils au contrôle du mari, c'était uniquement pour assurer par l'unité de direction la bonne administration du ménage. — Ce n'est point ici le lieu de discuter le difficile problème qui consiste à rechercher le fondement de l'incapacité de la femme mariée dans notre droit (3). Nous dirons cependant qu'à notre avis l'idée de protéger la faiblesse de la femme sans être inexacte est insuffisante pour justifier toutes

dre justement que le mari ne refuse son autorisation pas par désir de vexation. V. en sens divers, Grenoble, 27 janvier 1863, D. 63, 5, 38. Tribunal de la Seine, 7 octobre 1867, D. 68, 2, 28; Paris, 31 janvier 1868. Dans la même affaire, il s'agissait d'un engagement théâtral, lequel présente des inconvénients analogues à ceux de la qualité de commerçante.

(1) V. Hue, *examen critique du Code Italien*, I, p. 69. — C'est un des points sur lesquels le Code de 1866 a innové sur l'ancien Code Sarde de Charles Albert.

(2) *De la législation civile dans le royaume d'Italie*, p. 17. Cf. *Étude sur la condition privée de la femme*, et p. 433, édit de M. Esmein, p. 308 et suiv. — En Angleterre pendant longtemps il fut admis qu'après le laps de temps de sept années les femmes d'absent pouvaient contracter sans autorisation. V. Glasson, *Hist. du dr. et des Instit. de l'Anglet.*, tome IV, p. 145 et sq. Mais cela n'offre plus d'intérêt depuis la loi du 10 août 1882, art. 1 (*the married Women's Property act*), supprimant d'une façon absolue l'incapacité de la femme mariée. V. *Ann. de lég. étr.*, 82, p. 27 et 331, et Gide *Et. sur la cond. priv. de la fem.* Édit. de M. Esmein, p. 262 et sq. d'après l'art. 63, 2^e al. du C. civil du *Canton de Fribourg*, la femme, en cas d'absence prolongée de son mari sans nouvelles de son existence, est pourvue d'un *assistant judiciaire*.

(3) V. *Étude sur la condition privée de la femme*, Gide, Ed. de M. Esmein, p. 426 et sq. et p. 475.

les solutions de la loi en cette matière, notamment celle-ci : l'autorisation du mari suffit lorsqu'il est partie au contrat passé par sa femme ; si l'incapacité de la femme était uniquement une incapacité de protection cette solution serait inexplicable : *nemo potest auctor esse in rem suam*, il faut faire intervenir une autre idée : notre loi a voulu avant tout *sauvegarder les intérêts généraux de la famille* (1), dans ce but elle a placé la femme dans un état de soumission et de dépendance à l'égard de son mari (2) parce que dans toute société il est indispensable qu'il y ait une direction unique, direction que la tradition et les mœurs attribuaient tout naturellement au mari. Et le mari passant un contrat avec sa femme peut l'autoriser, parce qu'il est présumé prendre toujours les intérêts généraux de la famille. — Nous devons reconnaître qu'il est plus difficile de rendre compte des articles 222, Code civil et 863, Code de procédure qui laissent subsister l'incapacité de la femme dont le mari est absent. Il eût été plus logique de faire passer, comme l'a décidé le nouveau Code civil Italien, la direction du ménage à la femme, cependant on peut

(1) Sur le fondement de l'incapacité civile de la femme mariée, V. les récents débats soulevés au Sénat par le projet de loi sur les effets de la séparation de corps. La thèse même que nous soutenons a été développée éloquemment par M. Denormandie ; combattant un amendement de M. Paris tendant à faire reconnaître à la femme séparée de corps sa pleine capacité civile. V. *Journal officiel*. Débats Parlement, 18 et 26 janvier 1887, Sénat, p. 15 et sq., 27 et sq. — L'idée que nous venons de formuler explique bien pourquoi la sanction du défaut d'autorisation est une nullité relative, que la famille seule peut invoquer, art. 225 et 1125, C. civ. (la femme, le mari, leurs héritiers), nullité qui est couverte d'une manière absolue et à l'égard de toutes personnes par la confirmation du mari, lors même que cette confirmation aurait été donnée sans le concours de la femme, mais à la double condition qu'elle ait lieu pendant le mariage et avant toute action en nullité introduite par la femme, V. Aubry et Rau, V. p. 165, note 118.

(2) Mais l'idée du respect du mari souvent mise en avant est également incomplète : car, art. 224, C. civ., l'autorisation du mari mineur est insuffisante.

dire que les rédacteurs du Code Napoléon, influencés sans doute par l'ancienne idée de l'*infirmetas sexus*, ont voulu commettre à la justice le soin de protéger les intérêts généraux de la famille, qui étaient leur objectif principal, sans que peut-être ils s'en soient eux-mêmes rendu un compte bien exact.

CHAPITRE II

EFFETS DE L'ABSENCE QUANT A LA PRÉSUMPTION DE PATERNITÉ A L'ÉGARD DU MARI, ET PAR SUITE QUANT A LA LÉGITIMITÉ DES ENFANTS

Tout enfant né d'une femme mariée est réputé avoir pour père le mari de sa mère; *pater is est quem nuptiae demonstrant*, et cet enfant est légitime. C'est là un effet direct du mariage. Quel sera ici l'influence de l'absence du mari? Comment faut-il traiter l'enfant né plus de trois cents jours depuis la disparition ou les dernières nouvelles du mari, en un mot depuis le dernier moment où la preuve certaine de son existence peut être fournie, et par conséquent en dehors des limites que la loi a du assigner aux plus longues gestations (art. 312, 313 et 315 Code civil)? L'enfant est-il légitime, sous la réserve d'une action en désaveu qui serait intentée par les héritiers de l'absent, et dont nous discuterons plus tard les conditions de recevabilité? Ou au contraire est-ce à lui à établir sa légitimité?

L'hypothèse que nous envisageons donna lieu soit dans notre ancienne jurisprudence, soit même depuis le Code civil, à des décisions célèbres : tout le monde connaît ce prétendu arrêt du parlement de Grenoble du

13 février 1637 qui déclarait légitime un enfant né 4 ans après la disparition du mari (1) par la seule force d'imagination de la mère, arrêt dont le parlement de Paris, le 13 juillet de la même année ordonna la lacération « avec défense de l'imprimer, l'exposer en vente ni l'acheter sous peine de la vie ».

Au reste dans notre ancienne jurisprudence (2) la durée *maxima* des gestations n'était pas rigoureusement fixée, mais le bon sens répugnait évidemment à admettre de pareilles décisions.

Depuis l'apparition du Code civil, la Cour de Toulouse (3) a cependant déclaré légitime un enfant né 12 ans après la disparition du mari, se fondant sur ce que, dans la théorie de l'absence le mariage n'est jamais dissous, et que par conséquent la présomption de paternité subsiste, que même elle ne peut être combattue, l'action en désaveu ne pouvant appartenir aux envoyés en possession.

D'autres arrêts plus récents, l'un d'eux même émanant de la Cour de cassation, ont statué dans le même sens, mais à un point de vue un peu différent.

Une distinction ressort de l'étude attentive des documents de jurisprudence :

1^o *L'enfant se présente pour recueillir la succession du mari absent.* — La Cour de cassation (4) a repoussé sa

(1) V. Fournel, *de l'adultère*, p. 195 et sq. Sur la fausseté de cet arrêt V. Merlin, *Répert. de jurispr.* V. Légitimité sect. II, § 2. Fournel cite plusieurs médecins allemands et anglais qui parurent prendre au sérieux une telle théorie. Compar. ces paroles du Premier consul : « Il n'y a que l'imagination avec laquelle on ne puisse pas faire d'enfant. » Fenet, X, p. 5. — Pour les naissances tardives, V. le *Code matrimonial*, II, p. 943.

(2) V. Fenet, X, p. 13. Précis présenté par Fourcroy sur l'époque de la naissance humaine et sur les naissances accélérées et tardives.

(3) Toulouse, 14 juil. 1827, D. 29, 2, 10 et cet enfant avait été désigné sur les registres de l'état civil comme fils naturel de telle mère et de père inconnu non mariés. Cf. Toulouse, 29 déc. 1828, D. 29, 2, 221.

(4) Aff. Dangin. Trib. de la Seine, 31 mars 1830 ; Cour de Paris, 8 mars 1831. Cassation, Ch. civ. 3 déc. 1834 : toutes décisions conformes. D. 35, 1, 153. Cf. Douai, 12 juil. 1856, D. 56, 2, 292 et 293.

prétention non pas en le déclarant illégitime, elle a soigneusement relevé ce point dans l'arrêt de la Cour de Paris qui lui était soumis, qu'il n'était nullement question ici de la filiation de l'enfant, et que tous droits à cet égard étaient réservés : si l'enfant devait être écarté de la succession de l'absent, c'est parce que les défenseurs prouvaient qu'ils étaient les seuls héritiers présomptifs à l'époque des dernières nouvelles ; c'était l'application des articles 725 et 120, Code civil.

2° *L'enfant se présente pour recueillir la succession de sa mère.* — Dans une espèce où l'enfant justifiait de sa légitimité par son acte de naissance, corroboré par une possession d'état conforme, la Cour de cassation (1) a déclaré que nul n'avait le droit de contester leur légitimité, à moins d'établir le décès du mari à une époque antérieure à la conception de l'enfant : elle appliquait les articles 315, 1315 et 322, Code civil.

Le pourvoi qui a été rejeté insistait sur cette idée, qu'il y aurait contradiction manifeste à refuser d'une part de reconnaître ces enfants comme légitimes relativement à la succession du mari absent, et de l'autre à les admettre comme enfants légitimes à la succession de leur mère ; mais précisément les arrêts qui avaient statué sur la première hypothèse, avaient eu soin de spécifier qu'il ne s'agissait point d'une question de filiation, et s'ils écartaient l'enfant, c'était en vertu des articles 725 et 120, Code civil ; sans rechercher quelle qualité d'héritier il invoquait, ils le repoussaient à *priori* comme ne pouvant prouver qu'il était conçu du

(1) V. affaire Jourdain, Éliet. Trib. d'Avesne, 31 mai 1861 repoussant la demande de l'enfant, — il y en avait cinq dans l'espèce nés depuis la disparition du mari ! — arrêt infirmatif de la Cour de Douai, 18 nov. 1861. — Rejet du pourvoi, Cassat. Ch. civ, 15 déc. 1863, D. 62, 2, 25 et 64, 1, 153, V. les notes sur ces arrêts.

vivant du *de cuius* absent (1). Il n'y a donc pas contradiction entre les deux décisions de la Cour de cassation.

Mais si les règles d'une logique subtile ne paraissent pas violées, s'ensuit-il que la théorie de la Cour suprême sur la question de filiation soit bien exacte au fond, et surtout qu'elle soit bien satisfaisante dans ses résultats ? A ce dernier point de vue la critique est aisée, en effet comment admettre d'une part que cet enfant soit exclu de la succession du mari, d'autre part qu'il puisse prétendre comme enfant légitime à la succession d'un parent du mari, et à la succession de sa mère ; ces conséquences ne froissent-elles pas le sens moral ? ne lèssent-elles pas de la manière la plus grave l'intérêt légitime des familles ? La femme de l'absent pourra-t-elle introduire le fruit de son inconduite avec un titre d'enfant légitime, que nul ne pourrait lui contester, dans la famille de son mari et dans la sienne propre ? nous le répétons, ces résultats sont inacceptables : sans doute en doctrine il peut paraître difficile d'y échapper, voici cependant selon nous le véritable système juridique : nous prenons pour base une règle fondamentale sur laquelle roule toute l'organisation de l'absence : celui qui invoque un droit subordonné à l'existence ou à la

(1) D'où cette conséquence importante que cet enfant n'eût pas été exclu de la succession du père du mari, ou de tout autre parent de celui-ci auquel il aurait survécu, et dont il réclamerait la succession comme enfant légitime de l'absent, venant soit de son chef soit par représentation. Cette observation enlève un certain poids à une remarque que l'on ne manque pas de faire en notre matière ; on dit : il y aurait un grand danger à admettre la légitimité de l'enfant à l'égard de la succession de l'absent, ce serait favoriser la mauvaise conduite de la mère en lui donnant un moyen de s'approprier indirectement les biens de son mari ; ce danger ne se rencontre pas relativement à la famille maternelle — mais nous voyons qu'il subsisterait relativement à la famille paternelle si l'on n'écarterait l'enfant que de la succession de l'absent lui-même en lui opposant les art. 725 et 120, C. civ.

mort d'un absent doit prouver le fait de l'existence ou de la mort ; et les articles invoqués de la paternité et de la filiation ne sont nullement applicables ; le législateur ne s'est pas préoccupé de l'hypothèse que nous envisageons ; pas plus dans l'article 315 que dans l'article 316, où cependant nous trouvons le mot *absent*. Dès lors la situation de l'enfant est celle-ci : il se prévaut de la qualité d'enfant légitime ; il doit donc la prouver, et d'abord il lui faut établir que le mariage de sa mère subsistait à l'époque de sa conception, faute par lui de faire cette preuve, il sera exclu aussi bien de la succession du mari que de celle de tout parent de sa ligne, et de la succession de la mère (1).

Une deuxième question non moins importante se pose maintenant : Que se passera-t-il si l'absent revient ? c'est ici qu'une méprise a été commise, nous le croyons, par la jurisprudence : la Cour de Douai semble avoir été fortement influencée par ce considérant : « attendu qu'autrement (si l'on repoussait la légitimité de l'enfant) il pourrait advenir en cas de retour du mari que celui-ci, seul appréciateur de cette question de paternité, la trouverait résolue contre lui par suite d'une action exercée à son insu et qu'il n'aurait même pas l'intention d'intenter. » — Sans doute cette conséquence, si elle devait nécessairement découler de notre système, serait fort dangereuse.

Mais c'est là que se trouve l'erreur de la Cour de Douai : il n'y a pas et il ne peut pas y avoir chose jugée qui soit opposable à l'absent de retour ou qui puisse être invoquée par lui (2). En effet l'enfant en question a

(1) V. Aubry et Rau, I, p. 636, et note 7. Cf. VI p. 54 et note 10.

(2) D'une façon générale l'autorité de la chose jugée ne peut s'appliquer lorsqu'il s'agit de demandes subordonnées à la preuve préalable soit de l'existence soit de la mort d'un absent. V. en ce sens un arrêt fort important de la Cour de cassation du 19 juin 1872. rejetant le pour-

échoué dans la demande qu'il avait introduite dans le but de recueillir tout ou partie de la succession de sa mère, ou bien il a été écarté par ses cohéritiers, en un mot soit en demandant soit en défendant, il n'a pu faire valoir ses droits d'enfant légitime : qu'est-ce qui a été jugé? qu'il n'était pas légitime parce qu'il était né plus de trois cents jours après la dissolution du mariage (art. 315)? En aucune façon, lorsqu'il s'agit d'absence, il n'est permis de parler de dissolution du mariage. Il a été jugé seulement que cet enfant n'établissait pas, *quant à présent*, le fondement de sa demande, savoir la subsistance du mariage de sa mère à l'époque de sa conception. Or si nous supposons que l'absent revienne, il est patent aux yeux de tous que cet enfant est né pendant le mariage, il est légitime, sauf la faculté pour le mari dans les deux mois après son retour (art. 316) d'intenter contre lui (plus exactement contre un tuteur *ad hoc* qui lui est donné, V. l'art. 318) l'action en désaveu; s'il ne le fait pas, l'enfant demeurera légitime et son état sera désormais inattaquable : comment pourrait-on lui opposer la chose jugée, puisqu'encore une fois il n'a pas été jugé qu'il n'était pas enfant légitime (2)?

voilà formé contre un arrêt de la Cour d'Orléans du 9 juil. 1870, D. 72, 1, 461 aff. Hardy. Cf. deux arrêts de cassation du 20 juil. 1885, aff. Boyer et aff. Bègue. Dall. 1886, 1, p. 75.

(1) V. Observation dans le *Journal du Palais* 1861, p. 1079. Cf. Depret, article de la Revue Félix 1844, p. 755 et sq.

Merlin, Questions de droit, V^o légitimité 8 arrive à peu près au même résultat que nous mais par un raisonnement différent; il dit que le mari de retour peut renoncer au bénéfice de l'exception de la chose jugée; nous ne voyons pas clairement ce qu'il entend par là, ni dans quel délai devrait intervenir cette renonciation; de plus il décide que si la question avait été tranchée en faveur de l'enfant, (ce qui suppose que celui-ci avait réussi à prouver l'existence de son père postérieurement à l'époque de sa conception) l'absent de retour serait irrévocablement lié par l'autorité de la chose jugée favorable à l'enfant. — Ceci nous paraît absolument inadmissible. V. la question examinée *infra*. — V. cep. Demolombe, V. n^o 181.

Dans notre doctrine l'enfant ne peut invoquer les droits d'enfant légitime puisqu'il ne peut prouver qu'il est né pendant le mariage de sa mère ; et il n'est pas besoin d'intenter une action en désaveu contre lui : La Cour de Douai s'était également préoccupée de ce point de vue de la question, et nous relevons dans son arrêt ce considérant : « Attendu qu'*aucune action en désaveu n'a été intentée à leur égard* (c'est-à dire des cinq enfants nés depuis les dernières nouvelles du mari) *soit par Jourdain* (le mari absent,) *soit par ses héritiers, à qui cette faculté n'eût été ouverte qu'en prouvant son décès, ce qui n'a pas eu lieu jusqu'à présent.* »

D'où il résulte que d'après la Cour de Douai et aussi d'après la Cour de cassation qui a rejeté le pourvoi, cet enfant se trouverait dans une position singulièrement favorable puisque son état se trouverait absolument inattaquable ; en effet, la Cour refuse l'action en désaveu aux héritiers du mari parce qu'ils ne pourraient prouver le décès de leur auteur, et d'autre part l'action en désaveu ne compète qu'aux héritiers du mari ; elle ne peut en aucun cas appartenir aux héritiers de la mère.

Il est plus vrai de dire que le désaveu est ici sans application ; il s'agit de l'action en contestation de légitimité, laquelle appartient à toute personne intéressée. L'enfant sera donc exclu de toute succession à laquelle il prétendrait comme enfant légitime soit dans la famille du mari soit dans celle de sa mère (1). — Mais nous ne

(1) Il sera exclu de la succession de sa mère, du moins en tant qu'il se prévaudrait des droits d'un enfant légitime, car nous lui accordons les droits d'un enfant naturel simple ; à ce point de vue notre système est plus favorable à l'enfant que celui qui l'admettrait à invoquer la qualité d'enfant légitime sauf à courir les risques de l'action en désaveu que l'on ne peut refuser, ainsi que nous le démontrerons plus loin, aux héritiers du mari, — car le résultat du désaveu serait que l'enfant devrait être consi-

voulons pas quitter ce sujet sans réfuter une autre erreur que nous rencontrons dans les arrêts précédemment cités : nous y avons trouvé cette affirmation, que les héritiers du mari n'auraient pu exercer l'action en désaveu qu'en prouvant préalablement la mort de leur auteur. — Pour discuter cette question nous nous placerons dans l'hypothèse où elle se pose véritablement c'est-à-dire dans le cas où l'enfant est né moins de trois cents jours depuis les dernières nouvelles.

Cet enfant est né pendant le mariage. Dès lors la présomption de paternité à l'égard du mari conserve toute sa force, cette présomption de paternité peut seulement être renversée par une action en désaveu art. 312 ; aux termes de ce même article le mari peut désavouer l'enfant s'il prouve que pendant le temps qui a couru depuis le trois centième jour jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance de l'enfant, il était soit pour cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme. Or nous supposons le mari absent, il ne peut donc être question d'action en désaveu intentée par lui. — Cette action appartiendra-t-elle à ses héritiers c'est-à-dire aux envoyés en possession provisoire de ses biens ? — L'article 317 accorde l'action en désaveu aux héritiers pourvu que le mari soit mort avant d'avoir fait la réclamation, mais étant encore dans le délai utile pour la faire : ce délai est déterminé par l'article 316 qui le fixe différemment suivant les hypothèses, et notamment à deux mois après son retour, si à l'époque de la naissance de l'enfant le mari était absent. — Tout le monde

déré comme adultérin, et n'aurait dès lors droit qu'à des aliments, art. 762, 2^e alin. Le jugement prononçant le désaveu pourvu qu'il ait été rendu entre l'enfant et tous les héritiers du mari pourrait être invoqué par toute personne intéressée. — V. Aubry et Rau, VI, p. 61 et note 44.

est d'accord pour reconnaître que le mot *absent* dans l'article 316 n'est pas pris dans son sens technique ; il correspond au mot *éloignement* que nous lisons dans l'article 312 2^e alinéa, et signifie *non présent*. Faut-il dans l'hypothèse de l'absence proprement dite reconnaître aux envoyés en possession provisoire, héritiers présomptifs de l'absent le droit d'intenter l'action en désaveu contre l'enfant ? L'affirmative est très généralement admise, elle a cependant rencontré un adversaire résolu, non pas en France mais dans un pays voisin où notre Code civil est en vigueur, en Belgique.

M. Dupret (1), professeur à la faculté de Liège, a cherché à établir avec une grande force que l'action en désaveu est une action qui ne peut appartenir qu'au mari, parce qu'elle doit être envisagée comme une arme que la loi met entre ses mains pour venger son honneur : en un mot qu'elle est « *personnalissime* » (Sic). M. Dupret invoque les travaux préparatoires, desquels il fait résulter que dans l'esprit des rédacteurs du Code cette action devait être intransmissible aux héritiers, et il résume leur doctrine par ces paroles qui ont été effectivement prononcées : « dans le doute l'interprétation favorable à l'enfant doit être admise » ; puis il tire une objection de ce que les envoyés en possession provisoire sont censés tenir la place de l'absent (2), que dès lors ils ne pourraient intenter l'action en désaveu que de son chef, d'où cette conséquence inadmissible que le jugement favorable à l'enfant serait opposable au mari de retour, qui ne pourrait plus le désavouer parce qu'il y aurait

(1) *Revue de droit français et étranger*, Félix, 1844, p. 725 à 757.

(2) MM. Aubry et Rau ont soutenu du moins à une certaine époque le système que nous combattons en ce qui concerne les envoyés en possession provisoire, qui, disaient-ils, ne pouvaient avoir de droits propres à la différence des envoyés en possession définitive. V. l'article ci-dessus cité. — Mais V. tome VI, 4^e édit., p. 54,

chose jugée contre lui, étant réputé avoir été représenté au procès par ses héritiers présomptifs.

Cette conséquence serait en effet inadmissible et suffirait à elle seule pour faire rejeter le système, si elle devait s'en déduire logiquement et nécessairement : les intérêts du mari, non pas seulement ses intérêts pécuniaires, mais encore ceux de son honneur et la dignité du mariage seraient singulièrement compromis si l'échec des envoyés en possession provisoire intentant contre l'enfant l'action en désaveu devait être opposable au mari de retour ; l'action en désaveu a pu être exercée par eux à la légère, sans qu'ils eussent entre les mains les éléments de preuve suffisants, ce qui est fort à craindre en une matière aussi délicate ; il leur fallait prouver en effet, que pendant l'intervalle de temps déterminé par l'article 312, l'absent n'avait pu cohabiter avec sa femme. Une telle preuve est toujours fort difficile à fournir.

Mais la conséquence relevée et combattue par M. Dupret ne découle nullement de l'opinion qui reconnaît aux envoyés en possession provisoire le droit d'intenter l'action en désaveu : en effet, ce jurisconsulte commet à notre avis deux méprises graves : d'abord il dénature le sens de la discussion que nos articles soulevèrent au sein du Conseil d'État, et de laquelle il résulte que le système qui fut repoussé tout d'abord fut celui de la transmissibilité absolue et complète de l'action en désaveu ; on repoussa également le système de l'intransmissibilité absolue, et comme toujours intervint une transaction formulée dans l'article 317 ; cet article reconnaît bien nettement l'action en désaveu aux héritiers contenue dans les limites d'un certain délai, et encore voyons-nous dans les travaux préparatoires que la brièveté de ce délai fut l'objet d'une discussion fort animée :

c'est donc que l'action en désaveu n'est pas exclusivement *personnelle* au mari.

Il faut aller plus loin, et dire que si l'action en désaveu exercée par le mari offre effectivement le caractère personnel d'une action relative à l'état, caractère qui se manifeste notamment en ce que les créanciers du mari ne peuvent, invoquant l'article 1166, exercer l'action en désaveu, il en est tout différemment de l'action en désaveu qui appartient aux héritiers; la véritable nature de leur droit a été clairement définie par Cambacérès en ces termes : « *Le droit à une succession étant une propriété, on ne peut refuser aux héritiers la faculté de le faire valoir et de détruire les obstacles qui en gênent l'exercice en contestant l'état des enfants.* » Le délai qui leur est imparti démontre bien l'exactitude de ce point de vue : en effet, l'article 317 fait courir le délai de deux mois de l'époque où l'enfant se serait mis en possession des biens du mari ou de l'époque où les héritiers seraient troublés par l'enfant dans cette possession.

Dans notre hypothèse spéciale le délai courra du jour où l'enfant aurait obtenu le premier l'envoi en possession provisoire des biens du mari, ou du jour où, cet envoi ayant été prononcé au profit des héritiers présomptifs du mari, l'enfant exercerait contre eux l'action en pétition d'hérédité, action qui ne s'éteint à son égard que lorsque 30 ans se sont écoulés depuis l'envoi en possession définitif (art. 133); ce qui ne signifie pas d'ailleurs que les héritiers ne puissent pas, dès avant qu'ils soient troublés par l'enfant, prendre les devants et le désavouer afin d'éviter le dépérissement des preuves. Ainsi envisagée, l'action en désaveu apparaît comme une sanction d'un intérêt purement pécuniaire; elle porterait par exemple une transaction, de même que

l'action en réclamation d'état lorsqu'elle est exercée par les héritiers de l'enfant (art. 329 et 330). Il ne s'agit donc pas de l'action en désaveu que les héritiers présomptifs exerceraient du chef du mari absent ; sans examiner si une telle action pourrait être exercée du chef du mari par quelqu'un en son nom (par exemple par son tuteur en cas d'interdiction (1), il est bien certain que cette action ne saurait appartenir aux envoyés en possession provisoire : en effet, ils ne peuvent exercer que les actions de l'absent qui rentrent dans l'administration ; l'action en désaveu du chef du mari répugne manifestement à cette idée.

Qu'en résulte-t-il ? c'est que l'effet de la chose jugée se restreint absolument dans les termes de la contestation qui a été soulevée ; l'enfant a-t-il réussi à repousser les héritiers de l'absent qui voulaient obtenir l'envoi en possession de ses biens et par suite l'écarter, il n'y a rien là d'opposable à l'absent de retour, qui reprend ses biens et à l'encontre de ses héritiers et à l'encontre de l'enfant lui-même ; l'absent de retour se trouve maintenant dans la situation prévue par l'article 316, il a deux mois pour désavouer l'enfant ; et s'il ne le fait pas, puis qu'il meure peu de temps après, ses héritiers ne pourront plus désavouer l'enfant, alors même qu'à l'inverse de l'hypothèse précédente, ils eussent pendant l'absence du mari réussi dans leur action en désaveu ; en d'autres termes le jugement rendu sur le désaveu des héritiers présomptifs du mari ne peut au cas où l'absent vient à reparaitre ni lui être opposé, ni être invoqué par lui. Toutes choses sont demeurées entières dans ses rapports avec l'enfant.

(1) V. un article de M. Pont, dans la *Revue de Droit français et étrangers*, 1845, p. 317 dans le sens de l'affirmative.

CHAPITRE III

EFFETS DE L'ABSENCE DE L'UN DES CONJOINTS RELATIVEMENT AU RÉGIME MATRIMONIAL

Un des effets les plus importants du mariage, c'est d'établir entre les époux un régime de biens, soit directement et par la vertu même de la loi, dans le cas où ils se sont mariés sans contrat, c'est alors la communauté légale (art. 1393), — soit en donnant force et vie aux conventions antérieurement rédigées.

Dans le cours de nos développements successifs, nous avons constaté que la division de l'absence en deux périodes (la présomption et la déclaration d'absence), bien que le Code semble la présenter comme dominant la matière, n'exerçait aucune influence sur le maintien du mariage, ni sur plusieurs des effets, tels que l'obligation de fidélité pour l'époux présent, son droit à des secours, enfin l'incapacité de la femme.

Au contraire, en ce qui concerne les intérêts pécuniaires des époux et leur régime matrimonial, la distinction des deux périodes de l'absence reprend tout son empire.

On conçoit en effet qu'ici une solution absolue ne s'impose pas comme pour le maintien du mariage ; la

loi française, avec quelque exagération peut être, ainsi que nous l'avons vu, surtout en la comparant aux législations étrangères, a pris pour principe l'indissolubilité du mariage de l'absent quel que soit le laps de temps écoulé ; en décidant ainsi elle restait fidèle au point de vue sous lequel elle a envisagé l'absence, savoir un état où la personne a besoin d'une protection spéciale à raison de l'impossibilité où elle se trouve de veiller elle-même à ses intérêts. Or les intérêts de l'absent sont de deux sortes : on peut distinguer ses intérêts moraux et ses intérêts pécuniaires. La proclamation de l'indissolubilité de son mariage a donné satisfaction aux premiers ; nous avons maintenant à nous préoccuper des seconds. Ce qui les distingue essentiellement, c'est qu'ils ne sont pas exclusivement propres à l'absent ; le maintien du mariage et l'obligation pour l'époux de le respecter ne concernent que l'absent seul : ses héritiers sont absolument hors de cause, ce ne sont pas eux qui sont chargés de défendre les droits de l'absent contre son conjoint, qui au mépris de la prohibition de la loi voudrait contracter une nouvelle union, ils ne pourraient même pas au cas de bigamie proprement dite demander la nullité de ce second mariage à moins qu'aux termes de l'article 187 ils n'y aient un intérêt né et actuel, ce qui ne s'entendrait pas d'un simple intérêt moral.

Mais lorsque le législateur a dû régler les intérêts pécuniaires de l'absent, il s'est trouvé en présence du conjoint qui invoque les droits qu'il tient de son contrat de mariage, d'autre part des héritiers présomptifs de l'absent qui réclament l'ouverture au moins provisoire de sa succession.

Le conflit de ces deux intérêts opposés présente en législation un grave problème à résoudre, nous verrons

que le système auquel le Code civil s'est arrêté n'échappe pas à toute critique. Mais nous devons d'abord entracer le plan général :

Ainsi que nous l'avons fait pressentir, il faut séparer avant tout les deux périodes de l'absence.

Pendant la première, celle de présomption d'absence, sans distinguer entre les différents régimes matrimoniaux le *statu quo* est maintenu; la question de la dissolution du contrat de mariage ne se pose que lors de la déclaration d'absence. Telle sera la première division de notre étude.

Période de présomption d'absence.

Cette période, qui comprend les premières années à partir de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent, est une période d'attente. Quel que soit le régime matrimonial, il subsiste et continue à produire tous ses effets — ajoutons, indépendamment de la volonté de l'époux présent, qui ne pourrait demander, même à titre provisoire, la dissolution du régime matrimonial, c'est-à-dire la séparation de biens. L'esprit de la loi est que les tribunaux ne doivent intervenir qu'avec la plus grande discrétion dans les affaires du présumé absent, « s'il y a *nécessité* de pourvoir à l'administration de tout ou partie de ses biens » dit l'article 112, et cela seulement lorsqu'il en est requis par les personnes intéressées, c'est-à-dire les créanciers et les héritiers présomptifs, nous ajouterons le conjoint et le ministère public, lequel (art. 114) est spécialement chargé de veiller aux intérêts des personnes présumées absentes (1).

(1) Le législateur de l'époque intermédiaire rendit plusieurs lois dont le but était de protéger d'une façon particulière les militaires absents. Nous ne relevons dans ces lois aucune disposition concernant le conjoint : V. l. l. du 11 ventôse et du 16 fructidor de l'an II, Demolombe, II, p. 469,

Ceci posé passons en l'application à notre hypothèse, nous distinguerons deux cas :

A. — *Le présumé absent est le mari* : s'il a laissé une procuration soit à sa femme soit à un tiers, ses biens n'étant pas à l'abandon le tribunal n'interviendra pas s'il n'a pas laissé de procuration, la femme le plus souvent prendra en main l'administration de ses biens et des biens communs s'il y en a et de ceux de son mari, pourvu qu'elle fasse autoriser la justice et qu'elle ne commette de malversation ou d'imprudence, il semble également que les héritiers présomptifs du mari ne seraient pas fondés à demander au tribunal qu'il retirât cette administration à la femme pour la confier à un curateur ; mais celle-ci pourrait, si elle se méfiait de ses forces en requérir la nomination.

B. — *La femme étant présumée absente*, le mari conserve évidemment tous ses droits, et nous admettons comme précédemment qu'il pourra prendre l'administration des biens que sa femme s'était réservés (1), sauf la réclamation des héritiers de celle-ci intervenant pour faire sauvegarder leurs intérêts (2).

n° 339 et sq. adde l. 6 brumaire an V : Toutefois nous pouvons citer un arrêt intéressant de la cour de Cassation se référant à cette dernière loi : Cassat. 29 janv. 1811, aff. Comperé, Devill. et Car. III, 4, 285 : L'article 4 de la loi du 6 brumaire de l'an V portait que « les jugements prononcés contre les défenseurs de la patrie et autres citoyens de service aux armées ne pouvaient donner lieu au décret ni à la dépossSESSION d'aucun immeuble pendant les délais énoncés en l'article 2 de la présente loi » (adde, loi 21 décembre 1814). La Cour de cassation décida que ce privilège devait s'étendre même aux biens dont le militaire absent avait l'administration et la jouissance, par exemple aux biens propres de sa femme.

La loi du 6 brumaire an V était une loi d'exception, nul ne doute qu'elle ne soit plus en vigueur ; on sait au contraire que cette question est fort controversée relativement aux autres lois de la même époque concernant les militaires, (à l'exception toutefois de la loi du 13 janvier 1817, V. la 1^{re} part. de cette étude). V. Demolombe, II, n° 350 et sq.

(1) Le mari se portant en quelque sorte gérant d'affaires.

(2) Ajoutons que l'époux présent (sans distinguer entre le mari et la femme) peut dans le cas d'*absence* (ou d'éloignement) de son conjoint dé-

La période de présomption d'absence peut prendre fin par suite de plusieurs événements :

D'abord par le retour du présumé absent ; nous n'avons rien à en dire, le contrat de mariage n'ayant pas encore été dissous, il ne peut être question de le rétablir, seulement si des mesures conservatoires avaient été prises par le tribunal, leur application cesserait aussitôt ; à moins que le conjoint ne soit pas effectivement de retour et que l'on ait simplement de ses nouvelles de telle sorte que son existence ne soit plus incertaine. Cette décision fort raisonnable en elle-même peut s'appuyer sur l'article 131 du Code civil (1). A l'inverse si le décès de l'absent à une certaine date est constaté, ou si le conjoint absent meurt, le mariage est dissous et il y a lieu à la liquidation du régime matrimonial.

Toutefois une question peut se poser relativement au second cas indiqué : à quel moment faudra-t-il se placer pour opérer cette liquidation ? au jour du décès du conjoint présent ? ou au jour de la disparition de l'autre époux ? Un point est certain : les héritiers de l'absent qui auront seuls qualité pour y faire valoir les droits appartenant à leur auteur (2) seront ses parents les

puis plus d'une année obtenir du juge de paix, l'autorisation de faire à la *Caisse nationale des retraites pour la vieillesse* des versements à son profit exclusif. La décision du juge de paix peut être frappée d'appel devant la Chambre du Conseil du tribunal de première instance. V. loi du 18 juin 1850, art 4 et l. du 20 juillet 1886, article 13, *in fine*.

(1) Il résulte de ce texte que des mesures conservatoires peuvent être prescrites par le tribunal lorsque l'absence déclarée vient à cesser par suite de la réception de nouvelles, nous croyons pouvoir ajouter : « ou *maintenues* lorsqu'il s'agit d'un présumé absent dont l'existence vient à être connue. » Mais nous repoussons d'ailleurs l'explication extensive que certains auteurs ont voulu faire de ce texte au cas pur et simple de non présence.

(2) Ils ne figureront pas eux-mêmes dans les opérations de liquidation du régime matrimonial, mais conformément à l'art. 113. C. civ., le tribunal, sur leur requête, ou sur celle des héritiers de l'époux présent décédé commettra un notaire pour y représenter le présumé absent.

plus proches au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles ; eux seuls, en effet, prouvent qu'ils ont survécu à l'absent (art. 725) on ne peut encore parler de ses légataires ; la loi (art. 123) ne permet pas l'ouverture du testament avant la déclaration d'absence ; d'ailleurs, les droits de tous sont réservés, car les héritiers dont nous parlons n'obtiendront pas encore l'envoi en possession provisoire, ils pourront seulement requérir les mesures conservatoires conformément à l'article 112 du Code civil. Mais si nous supposons que les époux étaient mariés sous le régime de communauté, à quel moment faudra-t-il se placer pour apprécier la composition de cette communauté ? La loi dans l'article 128 parle de l'envoi en possession provisoire des biens qui appartenaient à l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles ; ce texte ordonne donc que l'on se réfère à cette date ; mais il suppose l'absence déclarée, d'autre part il est de principe que l'on ne touche pas au contrat de mariage pendant la période de présomption d'absence. Voici donc comment nous résoudrons la question : La liquidation de la communauté se fera d'après son état au jour du décès de l'époux présent ; elle se partagera entre les héritiers de cet époux et les héritiers de l'absent (ou plutôt le notaire commis conformément à l'article 113 du Code civil). Quant aux gains de survie qui avaient pu être stipulés au profit de l'époux présent, les héritiers de celui-ci n'en obtiendront pas actuellement la délivrance. Mais dans tout cela il n'y a rien de définitif, il faut attendre l'expiration des délais fixés par la loi pour la déclaration d'absence.

Une question se pose alors : puisque la liquidation qui est faite au jour du décès de l'époux présent n'est pas définitive, y aura-t-il lieu soit de la part de ses héritiers,

soit de la part des représentants de l'absent à des garanties de restitution ? De la part de ces derniers, évidemment non, car, ainsi que nous l'avons dit, il n'y a aucun envoi en possession provisoire, mais seulement la prise de mesures conservatoires, pratiquement la nomination d'un curateur avec des pouvoirs d'administration très limités ; les droits éventuels des héritiers de l'époux présent ne sont donc nullement en danger ; mais ceux-ci, de leur côté, doivent-ils fournir des garanties de restitution ? Le silence des textes doit nous faire décider sans hésiter la négative ; ajoutons que ces héritiers ont sur la part de communauté, qui leur a été attribuée du chef de leur auteur, les droits absolus d'un propriétaire ; on ne peut dire en effet qu'ils soient des envoyés en possession des biens de l'absent. S'il y a une lacune dans la loi il n'appartient pas à l'interprète de la combler.

Il faut attendre les événements, avons-nous dit, or il peut arriver ou bien que l'absence de l'autre époux se prolonge jusqu'au terme fixé par la loi pour la déclaration d'absence, ou que l'on apprenne sa mort effective à une date antérieure à celle de l'époux présent, ou enfin que l'on ait des marques certaines de son existence à cette date. Nous devons régler la situation dans les trois hypothèses ; commençons par les deux dernières qui offrent moins de difficulté.

Et d'abord si l'existence de l'époux absent au jour du décès de son conjoint est prouvée, la date de la liquidation de la communauté sera bien maintenue à ce jour, mais il y aura lieu de tenir compte des modifications que la subsistance désormais certaine de la communauté jusqu'à cette époque a pu y apporter ; nous voulons parler des acquisitions faites par l'absent durant son voyage, des successions qui avaient pu lui échoir et qui,

par application de l'article 136 du Code civil, lequel ne distingue pas entre les différentes périodes de l'absence, avaient été dévolues exclusivement à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir ou qui les auraient recueillies à son défaut. D'un autre côté, la communauté a pu être grevée de dettes nouvelles du chef de cet époux qui a été absent, principalement s'il s'agit du mari.

Enfin il est évident que c'est cet époux qui recueillera les gains de survie.

Il peut arriver en second lieu que l'on constate le décès de l'absent survenu à une date antérieure à celle de la mort de l'époux présent ; on devra procéder à une nouvelle liquidation de la communauté en se reportant à cette date ; la communauté a pu s'accroître du chef des deux époux jusqu'au jour de sa dissolution effective, elle a pu aussi être par eux grevée de dettes : mais les héritiers de l'époux présent obtiendront l'attribution exclusive des acquisitions tombées dans la communauté du chef de leur auteur depuis cette date jusqu'à sa mort, réciproquement ils supporteront seuls les dettes tombées de son chef dans la communauté pendant le même intervalle, à moins qu'elles ne se réfèrent aux biens effectivement communs dont l'époux présent avait tenu en main l'administration. Enfin ils recueilleront les gains de survie stipulés au contrat de mariage de leur auteur.

La troisième hypothèse qui peut se présenter est celle où l'absence de l'époux disparu se prolonge jusqu'au terme fixé par la loi pour la déclaration judiciaire de cet état ; c'est alors que commence la deuxième période de l'absence dont nous devons aborder l'étude.

PÉRIODE DE LA DÉCLARATION D'ABSENCE.

Système général du Code civil.— Avec le temps l'incertitude sur l'existence d'une personne, dont on n'a pas de nouvelles s'accroît : le législateur a fixé un terme nécessairement arbitraire après lequel l'absence de cette personne peut être déclarée. Nous n'avons pas à entrer dans le détail de la procédure prescrite en cette matière; nous nous bornerons à enregistrer les résultats suivants: selon que l'absent n'aura pas laissé, ou qu'au contraire il aura laissé une procuration, le jugement de déclaration d'absence est rendu après le laps de cinq ou onze années depuis la disparition ou les dernières nouvelles. — L'effet de ce jugement est de permettre aux héritiers présomptifs, d'une façon générale à tous ceux qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent, de demander l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent.

C'est ici que se posait véritablement pour le législateur la grave question du maintien, ou de la dissolution du régime matrimonial des époux, dont l'un est en état d'absence déclarée: Il y a conflit entre deux intérêts opposés : celui de l'époux présent qui sans doute veut continuer à jouir des avantages résultant de son contrat de mariage, et l'intérêt des héritiers de l'autre époux qui réclament l'ouverture de la succession de l'absent, et par suite la liquidation du régime matrimonial.

Nous le répétons, c'est en ces termes que la question se posait devant le législateur ; cependant si nous cher-

chons la solution dans les textes, nous ne trouvons pas de réponse correspondant exactement à cette question : les rédacteurs du Code civil ne l'ont tranchée ni dans le sens du maintien du contrat de mariage, ni dans celui de sa dissolution, ils ont pris un moyen terme et ont statué que dans le cas particulier où le régime matrimonial serait la communauté, l'époux présent aurait le droit d'opter soit pour la continuation soit pour la dissolution de cette communauté; telle est, dans son principe au moins, la disposition de l'article 124 du Code civil : si l'époux présent opte pour la continuation de la communauté il empêchera « l'envoi provisoire et l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, et prendra ou conservera par préférence l'administration des biens de l'absent. »

Hors ce cas la règle est la suivante : La déclaration d'absence de l'un des époux entraîne la rupture et la liquidation du régime matrimonial, soit parce que ce régime est tout autre que la communauté, soit parce que l'époux présent commun en biens a opté pour la dissolution de la communauté. — Nous nous réservons de présenter la critique de ce système, mais un rapide aperçu historique nous semble auparavant nécessaire.

Notions historiques.

Nous avons constaté au début de la première partie de cette étude, que le Droit romain n'offrait aucune organisation de l'absence : cependant nous avons pu citer quelques textes relatifs à la dissolution du mariage par l'absence ; dans notre matière spéciale les interprètes n'ont découvert qu'une seule loi paraissant se rapporter au règlement des intérêts pécuniaires des

époux (1) ; *Si quidem vivit apud hostes uxor tua nondum frater ejus quasi heres dotem repetere potest. Si vero diem functa sit et hereditatem ejus possit vindicare, dotis quoque repetitio ei jure competit cum in stipulatione deducta sit* (2).

Ce texte a été diversement interprété ; on a pu contester qu'il supposât effectivement l'incertitude sur l'existence de la femme captive en faisant remarquer qu'autrement il se concilierait assez mal avec l'idée que nous avons présentée au début, savoir que la captivité dissolvait le mariage indépendamment de toute preuve de la mort, et immédiatement du moins à l'époque classique (3). — Mais alors pourquoi repousser la réclamation du frère ? On pourrait songer un instant à en donner cette raison : Sans doute le mari pouvait se remarier, mais d'autre part, s'il n'usait pas de cette faculté, en cas de retour de sa femme il était tenu de rétablir la vie commune, sinon il subissait les peines du divorce : Il importait donc au mari dans cette éventualité de conserver la dot, et d'empêcher qu'elle ne soit dissipée par les héritiers de la femme : la raison ne serait pas cependant suffisante parce que le texte de Paul qui donne cette décision ajoute : *nulla causa probabiliter interveniente* ; le fait que le mari aurait restitué la dot aux héritiers de la femme, lesquels l'auraient dissipée, cons-

(1) Constitution de Valérien et Gallien. L. 5 au Code, V. 18, *soluto matrimonio*. — Les LL. 2, § 2 et 22, § 3. *Dig.* XXIV, 3. *soluto matrim.* visent des cas de non présence et supposent le mariage antérieurement dissous.

(2) Il s'agit de l'action *ex stipulatu*, en effet jusqu'à Justinien l'action *rei uxoriæ* dans le cas de dissolution du mariage par le prédécès de la femme n'appartenait jamais au frère de celle-ci, la dot ne pouvait être répétée que par le père de la femme. *Règl. d'Ulp.* VI, *de dotib.* § 4. Comp. au Code L. un. V. 13, *de rei ux. act.*

(3) L. 1, de Paul, XXIV, 2. *Dig. de divort et repud.* et L. 7 au Code V., 17 *de divort. et repud.*

tituerait évidemment pour le mari une *causa probabilis* de se refuser à renouer le lien du mariage ; tout ce que l'on peut dire, c'est que le mari a un intérêt légitime à conserver la dot en vue du rétablissement du mariage lequel est certainement favorable ; il faut donc veiller à ce qu'il n'y soit mis aucun obstacle ; bien entendu les héritiers de la femme, par exemple son frère, seront admis à répéter la dot s'ils prouvent effectivement son décès (1). — Mais probablement si le mari se remariait, comme il en a le droit, le frère de la femme captive pourrait immédiatement répéter la dot.

La constitution des empereurs Valérien et Gallien que nous venons de commenter, en admettant qu'elle statue sur un cas d'absence proprement dite, vise le cas, qui ne devait certes pas être le plus fréquent, celui d'absence de la femme. Il y aurait lieu de se préoccuper de l'hypothèse inverse, celle où le mari étant absent la femme se trouve dans le cas de réclamer sa dot à l'encontre des héritiers du mari.

Que décider également relativement aux donations entre époux, lesquelles depuis l'*Oratio Antonini* ne pouvaient valoir que comme donations à cause de mort, et étaient confirmées par le prédécès du conjoint donateur *in matrimonio et in eadem voluntate*.

Sur toutes ces questions et autres analogues nous ne nous hasarderons pas à émettre des conjectures que n'appuierait aucun texte.

Dans notre ancien droit nous ne rencontrons pas non plus une organisation bien parfaite de la matière de l'absence ; ce n'est pas que nos vieux auteurs ne s'en

(1) Cf. L. 4, au Code VIII, 51, *de postlim.* — La Glose sur la loi 5, au Code V. 18, *solutio matrim.* déclare suffisant comme moyen de preuve : *la publica fama in civitate ; nam aliter quomodo probaretur ?*

soient préoccupés, et qu'on ne trouve également des documents dans les recueils de jurisprudence, mais il est fort difficile de grouper méthodiquement les points saillants que l'on peut en dégager (1). — Nous examinerons les trois questions suivantes :

1^o La restitution de la dot ;

2^o L'obtention des gains de survie, spécialement du douaire ;

3^o La continuation de la communauté.

1^o Quant à la restitution de la dot, deux hypothèses sont à envisager :

a. La femme est absente : le mari n'était tenu de restituer la dot à ses héritiers que sur la preuve du décès de la femme effectivement fournie par eux, ou après l'espace de cent ans révolus depuis sa naissance (2). Cette décision était vivement inspirée du Droit romain, nous n'y insisterons pas autrement ; et nous admettrons le même tempérament que précédemment pour le cas où le mari se serait remarié se croyant veuf.

b. Le mari est absent : pendant les premières années la femme pouvait faire nommer un curateur à l'absent. — Notre ancien droit admettait après un laps de temps très variable, mais qui était ordinairement de dix ans, un envoi en possession provisoire au profit des héritiers présomptifs de l'absent ; mais comme la dot est le patrimoine de la femme il est juste, disaient nos anciens auteurs (3), que la femme la recouvre après cinq ans.

(1) V. le passage de Bretonnier (Questions de Droit, V^o Absent) que nous avons reproduit dans les préliminaires historiques de la première partie de cette étude.

(2) V. Denizart, *collect. de décis. nouv.* V. absent.

(3) *Dictionn. de Droit* de Ferrière, V. absent. — *Recueil de Jurisprud. civ.* de Guy du Rousseaud de la Combe, V. absent. et *Collect. de décis. nouv.* de Denizart *eod. verbo*.

Bretonnier (1) ajoutait que, si on ne voulait pas lui accorder sa dot, cette femme avait un moyen infaillible de la ravoïr c'était de se faire séparer, car une longue absence est un moyen légitime de séparation. Enfin si elle s'était remariée avant ce temps sur le bruit de la mort de son mari, elle pouvait interpréter ses deniers dotaux sans être tenue de vérifier son décès (2).

2° « A l'égard des autres conventions, dit Bretonnier (3), comme le douaire, le préciput et la communauté dans les pays coutumiers, l'augment, les bagues et joyaux et les donations de survie dans les pays de droit écrit, il est juste que la femme attende plus longtemps à les demander : l'espace de dix ans paraît raisonnable, et encore dans ce cas il serait juste de ne lui donner la propriété de ces avantages que sous deux conditions : la première de donner bonne et suffisante caution, la seconde d'en employer le revenu à l'entretien et nourriture des enfants s'il y en a. » — Il résulte de cette citation qu'après dix ans on procédait au règlement provisoire de la succession de l'absent; ses héritiers obtenaient l'envoi en possession de ses biens, la femme de son côté se faisait attribuer ses gains de survie. — Le laps de dix ans constituait le droit commun, mais il y avait naturellement sur ce point une grande diversité entre les coutumes (4).

(1) Bretonnier, *Questions de Droit, eod verbo*. ch. I, *in fine*.

(2) V. Soefve, I, centur. 2, ch. 20. Nous trouvons là l'origine de plusieurs décisions de notre jurisprudence moderne qui ont réputé l'absent mort du jour du second mariage de son conjoint. Bourges, 22 avr. 1822. S. 26, 2, 105; Bordeaux, 5 janv. 1826 et Cass. 12 août 1828, S. 29, 1, 42.

(3) Bretonnier, *op. et loi cit.*

(4) Maine, art. 287 et Anjou, art. 269 ne requéraient que 7 ans. Haynaut, ch. 77, art. dern., 3 ans. Dans le ressort du parlement de Toulouse on faisait le partage provisionnel après 9 ans. V. Denizart, v° absent. — Le délai de 5 ans, art. 2 tit. des abs. *La Coutume de Nivernais*, ch. 10, art 6 se bornait à dire : « Si le mari est absent par trop long espace de temps,

Cette diversité était plus grande encore en ce qui concernait spécialement le douaire. Ajoutons que le dernier état de notre ancien droit se montrait même ici tout particulièrement rigoureux à l'égard de la femme.

Pothier (1) déclare qu'il n'y a que la mort du mari qui donne ouverture au douaire, et qu'il n'y a pas ouverture dans le cas d'une longue absence du mari tant qu'il était incertain s'il était mort ou vivant. Or cette incertitude durait jusqu'à ce que cent ans se fussent écoulés depuis la naissance de l'absent. — Tel est aussi le sentiment de Bourjon (2).

Cependant, à une certaine époque tout au moins, nous trouvons une institution originale, celle du *mi-douaire*, introduite par la jurisprudence pour pallier la rigueur de la règle exigeant la survie constante de la femme à son mari. La femme obtenait une pension qui était d'environ la moitié de son douaire (3). Mais Denizart constate que l'usage n'est plus actuellement dans aucun cas (4) d'accorder de *mi-douaire*. — Renusson (5) précise l'époque à laquelle cette institution disparut, il s'exprime ainsi : « M. Barbier dans sa note sur Argou observe qu'on ne donne plus de *mi-douaire* depuis plus de quarante ans, ce qui s'entend du temps où il a écrit, qui est en 1710 » ce qui nous donnerait la date de 1670

La femme pourra se pourvoir par justice pour avoir et recouvrer provision de son douaire. V. Coquille sur cette coutume. Question 150.

(1) Pothier *Traité du douaire*, n° 156 et sq.

(2) Bourjon, *Droit commun de la France*, I, tit. VIII des absents, ch. II n° 3 et sq. « Il faut survie constante pour faire ouverture à son droit (à la femme présente) et la simple présomption n'est pas quant à cela suffisante. Il cite deux arrêts du Châtelet de Paris de 1745 et 1748.

(3) V. Pothier, *op. et loc cit.*, rapportant d'après Renusson un arrêt du 4 décembre 1615.

(4) Les autres cas étaient ceux de séparation, et de mort civile du mari. V. Ferrière, *dictionnaire de droit*, v. *mi-douaire*.

(5) Renusson, *Traité du douaire* p. 60. Argou, *Institution au droit Français*, liv. III, ch. 40.

environ. — Nous avons rapporté cette citation parce qu'elle est curieuse, mais nous ne croyons pas que l'on doive y attacher plus d'importance que de raison (1).

3° Nous devons enfin rechercher si l'on peut trouver dans notre ancien droit une origine du célèbre article 124 du Code civil dont nous avons tracé déjà l'économie sommaire, en un mot de la continuation de communauté au moins facultative pour l'époux présent.

Il est une phrase que nous retrouvons presque textuelle et chez Denizart (2) et dans la bouche d'un des plus illustres des rédacteurs du Code civil *Bigot de Préameneu* (3) cette phrase est celle-ci : « Il n'y a point eu jusqu'ici de loi qui ait décidé si la communauté entre époux continuait lorsque l'un des époux était absent. » Bretonnier (4) nous a déjà appris que la femme présente obtenait sa part de communauté après dix ans, c'est-à-dire lors de l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent au profit des héritiers présomptifs. Pothier (5) est plus explicite. « Lorsque l'un des conjoints, dit-il, est absent sans que l'on sache s'il est mort ou vivant, la communauté est provisionnellement dissoute du jour de la demande qui a été donnée contre le conjoint présent par les héritiers présomptifs de l'absent, qui après le temps fixé par la coutume ou par l'usage se sont fait

(1) Le *Dictionnaire de Droit* de Ferrière. Edit. de 1771 parle encore du *mi-douaire* comme d'une institution actuelle. Cf. Guy de Rousseaud de la Combe. V° douaire. — Cf. Pothier dans son *Introduction au tit. XII de la Coutume d'Orléans*, n° 5: « Les arrêts ont quelquefois dans le cas de la mort civile ou de la longue absence du mari adjugé sur ses biens à la femme une pension viagère en attendant l'ouverture du douaire par la mort du mari. » L'ouvrage intitulé *Coutumes des duché, baillage et Prévoité d'Orléans* parut, en 1740, et le *Traité du douaire*, cité plus haut, en 1771.

(2) *Collect. de décis. nouv.* V° absent

(3) *Exposé des motifs du titre de l'absence*, Fenet. VIII.

(4) Bretonnier, *Quest. de droit*, loc. cit.

(5) *Traité de la Communauté*, n° 505.

envoyer en possession des biens de l'absent, ou du jour de celle que le conjoint a donnée contre eux. Pothier ajoute : on ne peut pas prétendre qu'elle ait été dissoute plus tôt faute de pouvoir prouver le temps de la mort de l'absent, qui en ait opéré la dissolution. » Ce langage est très formel, et nous sommes les premiers à reconnaître que le système exposé par Pothier était de beaucoup le plus généralement suivi dans notre ancien droit ; mais nous ne croyons pas que l'on puisse affirmer avec M. Villequez (1) qu'on ne saurait trouver chez nos anciens auteurs aucune origine de l'article 124 du Code civil, c'est-à-dire de la continuation de communauté facultative pour l'époux présent :

Voici en effet ce que nous lisons dans Bourjon (2) :

« La communauté doit continuer jusqu'à ce que l'époux ait atteint l'âge de cent ans, cette même présomption milite en faveur de la femme. »

M. Villequez rapporte bien au moins en substance ce passage, mais il ajoute qu'il doit se concilier avec le ch. IV où Bourjon admet le droit pour les héritiers de l'absent d'obtenir après 10 ans l'envoi en possession de ses biens. — Mais cette interprétation dénature visiblement le sens des expressions très claires de Bourjon relativement à la continuation de la communauté ; le paragraphe qui fait suite à celui que nous avons cité est encore plus formel s'il est possible : *« De là il s'ensuit que la communauté de biens contractée entre l'absent et sa femme est réputée subsister jusqu'à ce temps (jusqu'à ce que l'absent ait atteint l'âge de cent ans) et la femme jouit de tous les droits qui en résultent. — »*

(1) V. M. Villequez dans un savant article de la *Revue historique du Droit français et étranger* 1:56, II, p. 225 et 6. *De l'absence en Droit romain et dans l'ancien Droit français*,

(2) Bourjon, *Droit commun de la France*, I, tit. VIII, Des absents, chap. 3 et sq.

Dans le chap. IV, Bourjon parle bien des droits des héritiers de l'absent, mais nulle part il ne fait mention d'un conflit entre ces héritiers et la femme de l'absent ; le langage de Pothier, que nous avons précédemment rapporté, était bien différent. Il faut donc admettre que la femme l'emportait sur les héritiers présomptifs (mais bien entendu si elle y trouvait son intérêt, elle pouvait faire procéder à la liquidation après le temps fixé par la coutume puisque la présomption ne milite qu'en sa faveur).

Nous le répétons, tel n'était pas le système très généralement professé par nos anciens auteurs, mais puisque nous faisons en ce moment une étude historique, ne sommes nous pas en droit de conclure que l'article 124 de notre Code civil trouve une origine très directe dans la doctrine de Bourjon ? — Dans le même ordre d'idées, nous croyons trouver une autre origine mais celle-ci un peu plus lointaine de notre article 124, dans l'espèce suivante rapportée par M. Guy du Rousseaud de la Combe (1). Cet auteur commence par énumérer l'idée que dans le cas où l'absent a laissé une procuration à un de ses héritiers présomptifs il n'y a plus lieu au partage provisionnel, mais que la procuration doit exécuter jusqu'au retour de l'absent, ou jusqu'à la nouvelle de sa mort, *quia melior est causa possidentis* (2) puis il cite un arrêt du Parlement de Rouen du 17 août 1861 en faveur de la femme chargée de la procuration de son mari absent depuis dix ans pour voyage de long cours. Sous l'empire de cette coutume (Normandie) il ne pouvait être question de la communauté, mais cette femme

(1) *Recueil de jurisprudence civile*, V° absent.

(2) Cf. Pothier, *Traité des successions*, ch. III, § 1, est peu explicite, il semble toutefois maintenir le terme de 10 ans. — Cf. *Code civil*, art. 120 et 121.

prétendait à bon droit qu'elle avait (1) « intérêt de bien ménager cette succession puisqu'elle était obligée à ses droits de dot et de domaine. L'arrêt ordonna que ladite femme administrerait la succession en baillant caution de rapporter les fruits et les meubles sauf à l'héritier du mari à prouver le décès. » N'y a-t-il pas là encore le germe de l'idée que le conjoint présent peut obtenir d'être préféré aux héritiers de l'absent quant à l'envoi en possession provisoire de ses biens ?

Une dernière observation terminera ces préliminaires historiques : Si l'absence de la femme présentait un caractère injurieux pour le mari, qui était mort ainsi délaissé, la femme était privée de sa part dans la communauté, ses héritiers ne pouvaient la réclamer de son chef (2).

Code civil

Quoi qu'il en soit de ces notions historiques, notre article 124 fut considéré par les rédacteurs comme contenant une innovation (3). Il importe de suivre cet article dans les travaux préparatoires : Les différents projets de Code civil même celui de la Commission de l'an VIII ne contenaient aucune disposition relative aux droits du conjoint présent. Mais l'article 13 du projet de la Section de législation du Conseil d'État (4) portait : « Lorsque les héritiers présents auront obtenu l'envoi en possession provisoire l'époux de l'absent pourra demander la dissolution provisoire de la communauté et exercer également à titre provisoire tous les droits ré-

(1) V. Basnage, *Sur la cout. de Normandie*, art. 235, p. 361.

(2) V. Denizard, V. *Absent*, citant *Normandie*, art. 376, *Bretagne*, art. 451, *Anjou*, art. 314.

(3) Exposé de motifs de notre titre, par Bigot de Préameneu.

(4) Fenet, VII, p. 389.

sultant de son contrat de mariage à la charge de donner caution (1). » Dans la discussion, le Premier consul observe que le projet devait s'occuper aussi des femmes des absents et empêcher que les héritiers envoyés en possession provisoire ne les excluent de la maison de leur mari—combattu par M. Boulay, qui assimile le sort de la femme à celui des héritiers, le Premier consul répète qu'il faut pourvoir à ce que la femme ne soit pas arrachée à ses habitudes et à ses affections par l'action des héritiers collatéraux. Thibaudeau appuie cette revendication des droits du conjoint présent sur cette considération que les héritiers n'ont aucun droit personnel, qu'ils ne jouissent que pour l'absent et à la charge de remplir ses obligations (2). — Portalis déclare qu'à l'égard de la femme toutes les dispositions qui la favorisent peuvent être adoptées, que le mariage conserve de plein droit tous ses caractères; M. Defermon fait remarquer avec raison que si un mari s'absente pour des opérations relatives à son commerce, que sa femme conduit avec lui, les héritiers de l'absent pourraient venir après cinq ans (3) détruire le commerce et ruiner à la fois la femme et le mari. — Que ressort-il de toutes ces citations, que nous avons multipliées à dessein, sinon que les auteurs du Code civil étaient bien d'accord pour sauvegarder les droits de l'époux présent? cependant à quoi aboutit finalement cette élaboration? à la rédaction de l'article 124 que nous étudierons bientôt en détail, que nous nous bornons pour le moment à citer; et du-

(1) Fenet, VIII, p. 398.

(2) Cf. Exposé des motifs de Bigot de Préaménen, l'orateur insiste sur la fin du contrat de mariage et sur son caractère synallagmatique auquel les héritiers de l'absent se fondant sur une incertitude ne doivent pas porter atteinte. Loqué, IV, p. 140.

(3) Après dix ans seulement car il appert de l'hypothèse même qui est émise que l'absent a laissé une procuration au moins tacite à sa femme.

quel il résulte que le législateur n'a édité de dispositions en faveur du conjoint présent que pour le cas où le régime matrimonial est la communauté (1). La discussion cependant a-t-elle porté sur ce point important de la diversité des régimes matrimoniaux? Voici le peu de documents que fournissent les procès-verbaux : M. de Malleville dit que *s'il y a communauté* entre les époux, la femme doit avoir l'option dont il est parlé, sinon que les héritiers doivent être envoyés en possession. M. Boulay fait observer que dans le système de M. Portalis la provision pourrait être accordée à la femme *même quand il y aurait communauté*; d'autre part M. Tronchet dit que la femme y aura droit *même quand il n'y aura pas communauté*, car elle doit toujours profiter des revenus du mari.

Le consul Cambacérès propose alors de charger la section de rédiger deux projets un dans chaque système. — Cette proposition est adoptée. — Malgré ce vœu bien formel, la suite des travaux préparatoires (2) ne nous montre qu'un certain article 12, précédent immédiatement de notre article 124, et dans lequel il n'est question que du régime de communauté.

L'explication couramment donnée de cette lacune, contre laquelle tous les interprètes s'élèvent avec force, est que le régime dotal ne figurait pas dans la conception primitive du Code (3).

Cette explication nous paraît inexacte à deux points de vue : en effet d'une part le Code civil présente quatre régimes matrimoniaux : la communauté légale ou conventionnelle, le régime sans communauté, le régime de séparation de biens et le régime dotal. Et si le pro-

(1) Fenet, *op. et loc. cit.*

(2) Les procès-verbaux des séances qui suivirent celle que nous venons de rapporter n'ont pas été imprimés.

(3) V. Demolombe, *des absents*, n° 275.

jet excluait en effet le dernier de ces régimes, il n'excluait pas les deux précédents qu'il considérait même, d'après l'exemple de Pothier, comme des modifications de la communauté. Or quelque élasticité que les commentateurs prêtent à l'article 124, il leur est impossible de faire rentrer dans ces termes le régime exclusif de communauté et ils ne manquent pas de faire remarquer combien il est injuste de priver dès la déclaration de l'absence le mari présent de la jouissance des biens de sa femme (1).

La seconde observation est celle-ci : les rédacteurs du Code, dit-on, ne songeaient pas au régime dotal : — mais quel est donc le conseiller d'État qui fit prévaloir la rédaction restrictive de l'article 124 ? C'est précisément, ainsi qu'on vient de le voir dans les passages cités, M. de Malleville, le même qui plus tard avec Portalis obtint l'insertion dans le titre du contrat de mariage du chapitre III consacré au régime dotal. — On ne peut prétendre que M. de Malleville n'ait point songé lors de la discussion du titre des absents au régime dotal (2). Voici comment s'exprime M. de Moly à son sujet : « né et élevé dans le pays de droit écrit il devait tenir à des maximes qui s'étaient gravées dans son esprit. Il pensait sans doute qu'il était dangereux de donner aux femmes une administration que les lois romaines, que la jurisprudence des pays de droit écrit leur refusait pour toutes les hypothèses (3).

La possibilité d'un danger dans cette administration venait d'être indiquée par le premier consul. — M. de Malleville profita de cet à propos pour empêcher du moins l'innovation proposée et qu'il croyait dangereuse

(1) *Traité de la communauté*, n° 461 à 466.

(2) *Traité des absents*, p. 332.

(3) Fenet, VIII. p. 398.

de venir porter son influence dans la partie de la France où la communauté presque inconnue serait peu adoptée pendant très longtemps. »

Cette explication nous paraît plausible ; seulement elle est encore insuffisante, parce que les craintes de M. de Malleville et le danger signalé par le premier consul ne se conçoivent que dans le cas où il s'agit de confier à la femme présente les biens de son mari absent (1), et nullement dans le cas inverse où le mari présent pourrait fort bien conserver les droits qu'il tient de la loi ou de son contrat de mariage. Nous nous bornerons à répondre que les rédacteurs du Code ont envisagé le cas de beaucoup le plus fréquent, celui où ce sera le mari qui sera absent ; la plupart des causes qui peuvent déterminer l'éloignement et peu à peu l'absence ne s'appliquant guère qu'au mari (guerre, voyages entrepris dans un but d'exploration, ou au contraire de spéculations commerciales) ; nulle part pour ainsi dire dans les travaux préparatoires, il n'est supposé que la femme est absente. Nous ajouterons que la loi semble n'avoir pas considéré la situation du mari demeurant seul comme exigeant la même protection que

(1) On comprend que les rédacteurs du Code ayant égard à la qualité d'associée de la femme, n'aient pas cru devoir bouleverser ces intérêts communs au grand préjudice de chacun des époux (V. l'observation ci-dessus rapportée de M. Defermon) et dans ce cas pour ne pas scinder l'administration, la loi n'a pas hésité à confier la gestion des biens propres du mari à la femme ; au contraire sous le régime dotal et sous le régime exclusif de communauté les auteurs du Code civil n'ont pas voulu lui conférer l'administration des biens du mari et renverser ainsi absolument les rôles tels que les avait fixés les conventions matrimoniales ; enfin ces régimes ne sont pas institués dans l'intérêt de la femme, ils comportent au contraire au profit du mari des droits exceptionnels ; la femme en reprenant ses biens ne paraissait pas sacrifiée. Compar. ce que disent Proudhon, I, p. 314 et M. Demolombe, II, n° 273. — Ajoutons que le plus souvent l'absence de la femme constituera un abandon injurieux, qui à l'époque du C. civ. permettait le divorce ; cette considération a repris toute sa force depuis la loi du 27 juil. 1884.

celle de la femme. Les droits que les articles 1465 et 1570 par exemple le reconnaissent à la femme lui sont absolument spéciaux, il n'y a aucune disposition corrélatrice à l'égard du mari devenu veuf.

Nous ne relèverons plus qu'une observation faite depuis longtemps; de deux choses l'une, dit-on; ou il y a des enfants du mariage, ou il n'y en a pas; dans le premier cas l'époux présent, quel qu'il soit, et quel que soit le régime matrimonial a la tutelle de ses enfants, et le droit de jouissance légale (1) sur leurs biens, où se trouve comprise pour la plus grande partie sinon pour la totalité la succession de l'absent; dans le second cas, c'est-à-dire s'il n'y a pas d'enfants, la loi a pu considérer que les charges du mariage n'existaient plus. Toutefois cela n'est pas décisif parce que les enfants peuvent être majeurs ou sur le point de le devenir, de plus la loi dans une autre circonstance a voulu assurer la situation de l'époux survivant même s'il n'y a pas d'enfants : nous citerons : la garantie de la dot qui lui est due sans distinction; — enfin les charges du mariage subsistent à un autre point de vue, c'est qu'il importe à la dignité de l'absent, que la loi ne répute jamais mort, et à la dignité du mariage qu'elle ne répute jamais dissous, que l'époux présent conserve le train d'existence et de fortune qu'il avait pendant la vie commune. Notre conclusion est donc qu'il y a une lacune dans la loi, que l'on peut attribuer en partie à un calcul, en partie à un oubli; en tous cas le reproche adressé au législateur a une portée plus grande, il s'attaque à l'explicable erreur commise par lui lors du vote de l'article 767 déterminant les droits successifs du conjoint; car les intérêts légitimes de l'époux présent eussent été sauvegardés s'il avait pu exercer provisoirement des gains de survie légaux,

(1) Aubry et Rau, I, p. 639 et VI, p. 84.

à l'encontre de tous héritiers de l'absent; en attendant une modification de notre législation sollicitée depuis longtemps, et qui semble devoir être mise bientôt à exécution, c'est aux époux eux-mêmes à prendre les devants et à stipuler les gains de survie réciproques auxquels l'article 124 se réfère implicitement.

Après avoir ainsi tracé le plan général de notre sujet, nous devons exposer dans le détail la réglementation des intérêts pécuniaires des époux dont l'un est absent. — La division généralement suivie par les commentateurs du Code civil est celle-ci : Ils prennent pour base l'article 124 du Code civil, et étudient distinctement les deux branches de l'option qui est ouverte à l'époux présent commun en biens : option pour la continuation de la communauté ; — option pour sa dissolution provisoire. — Quant aux autres régimes matrimoniaux, ils en traitent très rapidement sous forme de préliminaires.

Nous nous sommes appliqués, au contraire, à signaler au moins les nombreuses et difficiles questions que soulève la dissolution provisoire du régime matrimonial en cas d'absence de l'un des époux, questions dont l'intérêt se présente le plus souvent indépendamment de toute distinction entre les différents régimes de mariage; dès lors et pour éviter des redites, nous avons cru préférable de diviser ainsi notre travail.

I^o Principe. Dissolution du régime matrimonial, lors de la déclaration d'absence, soit imposée à l'époux présent, soit facultative pour lui s'il n'use pas du bénéfice de l'article 124.

II^o Exception. Bénéfice de l'article 124 : Option de l'époux présent pour la continuation de la communauté.

**I. Principe. — Dissolution du régime
matrimonial lors de la déclaration d'absence,
soit imposée à l'époux présent, soit facultative
pour lui s'il n'use pas du bénéfice
de l'article 124.**

Les héritiers présomptifs peuvent demander l'envoi en possession provisoire des biens qui appartenaient à l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles, art. 120 ; d'autre part son testament est ouvert à la réquisition des parties intéressées ou du procureur de la République, art. 123 ; d'une façon générale tous ceux qui ont sur les biens de l'absent des droits subordonnés à la condition de son décès peuvent les exercer provisoirement. Il en résulte qu'il faut procéder à la liquidation du régime matrimonial ; et nous supposons que l'époux commun en biens n'y met pas obstacle : il opte pour la dissolution de la communauté.

Cinq points principaux se présentent à notre examen :

1^o Liquidation du régime matrimonial ?

2^o Obligations imposées à l'époux présent ;

3^o Pouvoirs de l'époux présent.

4^o Condition des héritiers de l'absent vis-à-vis du conjoint présent. — Conséquences diverses de la dissolution du régime matrimonial ;

5^o Événements qui peuvent venir modifier la situation précédemment établie.

1^o Liquidation du régime matrimonial.

La règle est contenue dans l'article 120 du Code civil.

Les héritiers présomptifs de l'absence peuvent se faire envoyer en possession provisoire des biens qui lui appartenaient au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles. En ce qui concerne ses intérêts pécuniaires, l'absent est réputé mort dès ce jour. Cette date détermine l'ouverture de sa succession et par suite le point de départ de la liquidation de son régime matrimonial.

S'il s'agit du régime de communauté, cas le plus plus intéressant, la composition active de la masse à partager devra donc s'apprécier en se reportant rétro-activement en arrière au jour de la disparition de l'absent, ou de ces dernières nouvelles (1), Nous n'avons pas

(1) V. *Douai*, 13 janvier 1865, aff. Jourdain Eliet. Sirey, 1866, 2, 61. Deux arrêts cependant, l'un d'eux même émanant de la Cour de cassation, ont rejeté le système de la loi qui répute l'absent mort au jour de ses dernières nouvelles, dans l'hypothèse où le conjoint présent avait contracté un nouveau mariage : Ces deux arrêts ont décidé que la date du convol devait être considérée comme celle de la mort du premier mari et par suite de la dissolution de la communauté qui devait se liquider telle qu'elle se comportait à ce jour. V. *Cassation*, 12 août 1828 ; Sirey, 29, 142 à 147. — Cf. *Bourges*, 23 avr. 1822, S. 26, 2, 104. Les considérants de ce deuxième arrêt méritent d'être reproduits : « Attendu que le second mariage n'a pu avoir lieu que par la dissolution du premier, qu'il a été fait publiquement et qu'il est consigné dans des registres authentiques, que la femme (présente remariée) jouit de son état de femme Ratier (du nom de son second mari) au vu et au su de tout le monde, même des appelants et du père encore vivant de son premier mari ; que ces actes, cette possession d'état font ici la loi des parties et ne permettent plus de considérer ce dernier comme simplement absent, mais comme décédé ; que ce n'est plus le cas de l'envoi en possession provisoire, que l'héritier (qui a cette qualité au jour du convol) est saisi à l'instant même de la succession que c'est avec lui que les droits de la femme ont été justement liquidés... »

Il est impossible de découvrir dans la loi la base d'une pareille théorie juridique ; et il est facile au contraire de se rendre compte qu'elle conduirait à des conséquences évidemment inadmissibles, par exemple le premier mari sera-t-il réputé avoir survécu jusqu'au jour du convol de sa femme, pourra-t-on réclamer de son chef des droits dans des successions qui lui seraient échues postérieurement à ses dernières nouvelles ? sa femme sera-t-elle obligée de comprendre dans la communauté qu'il s'agit de liquider les acquisitions qu'elle a faites pendant le même intervalle de temps ? etc., etc.

à entrer dans le détail des opérations, (V. le titre du contrat de mariage, art. 1441, C. civ. et sq.)

Une question intéressante peut être cependant soulevée : Plaçons-nous dans l'hypothèse de l'article 1408, 2^e alinéa du Code civil: c'est-à-dire du *retrait d'indivision* et du *droit d'option* qui appartient à la femme lors de la dissolution de la communauté, droit d'option en vertu duquel la femme peut, moyennant due récompense, reprendre à titre de propre la totalité de l'immeuble, dont elle avait lors de la célébration du mariage la propriété indivise à titre de bien propre, et dont le mari s'est rendu acquéreur pour le tout pendant le mariage: il est évident que l'option de la femme est le préliminaire indispensable de la liquidation de la communauté; il faut en effet pour composer les lots savoir quelle est la condition de propre ou d'acquêt de cet immeuble.

Aussi décide-t-on que lors de la dissolution de la communauté le mari ou ses héritiers (1) peuvent mettre la femme en demeure de faire son choix (2): *Quid* dans notre hypothèse.

Supposons d'abord le cas où la femme est présente : peut-elle être contrainte par les héritiers de son mari envoyés en possession provisoire de ses biens, d'exercer son droit d'option. L'intérêt de ces héritiers est évident, et en l'absence de texte s'y opposant, nous leur accorderons ce droit; la femme ne peut se plaindre; elle peut exercer sa faculté d'option librement, ajoutons que depuis les cinq ou onze années qui ont précédé la déclaration d'absence de son mari elle a pu réfléchir sur le parti qu'elle a à prendre; qu'enfin il dépendait d'elle d'opter pour la continuation de la communauté, et de

(1) Ajoutons les créanciers du mari et ceux auxquels il a consenti sur l'immeuble des droits résolubles en cas de retrait.

(2) V. Aubry et Rau, V, p. 315.

se soustraire ainsi à la nécessité de prendre un parti: surtout on ne peut admettre que les droits des tiers soient laissés plus longtemps en suspens.

Quid si le mari revient ultérieurement ? l'option exercée par la femme soit dans un sens, soit dans l'autre s'évanouira-t-elle ? Cette solution paraîtra peut-être imposée à ceux qui n'admettent pas que la femme puisse tant que la communauté dure exercer son droit d'option (1) ; puis la communauté est censée n'avoir jamais été dissoute ; mais nous ne croyons pas cette opinion exacte, sous l'apparence de vouloir mieux protéger la femme elle pourrait souvent nuire à ses intérêts véritables (2).

Dès lors nous serions portés à admettre que l'option de la femme sera définitive, et non pas révocable en cas de retour du mari ; la décision contraire laisserait encore en suspens les droits que des tiers peuvent avoir sur l'immeuble, situation fâcheuse que l'on ne saurait perpétuer. Ce motif nous fait encore pencher à admettre que dans le cas où, la femme étant absente, les héritiers envoyés en possession de ses biens ont exercé le droit d'option de l'article 1408 du Code civil, le résultat de leur choix sera opposable à la femme de retour.

Les opérations de liquidation de la communauté se font, avons-nous dit, comme de droit commun, la femme présente a conservé le droit de renoncer à la communauté ; elle peut aussi se ménager le bénéfice d'émolu-

(1) Telle paraît être le système de la jurisprudence. V. *Cassat.* 25 juil. 1884, D. 44, 1, 428, aff. de Montviol, *Bordeaux*, 15 mai 1871, D. 71, 2, 237, aff. *Portes, contra* Aubry et Rau, V. p. 314 texte et note 101. On connaît le système particulier sur ce point de M. Colmet de Santerre, VI, p. 86 qui admet bien la femme à exercer le retrait même avant la dissolution de la communauté, mais qui applique l'art. 1595 C. civ. pour lui interdire de renoncer au retrait jusqu'à la dissolution du mariage lui-même ; l'application de l'art. 1595 dans les rapports de l'époux présent et des héritiers de l'absent nous paraîtrait abusive. V. pl. loin.

2) V. Thèse de doctorat de M. Delom de Mézerac, Paris 1886, p. 155.

ment ; l'obligation de faire inventaire exigée à cet égard par l'article 1483, coïncide d'ailleurs avec l'obligation semblable que prescrit en notre matière l'article 126. En tous cas elle jouit des délais pour faire inventaire et pour délibérer (1) : Résumons les effets de la liquidation : L'époux présent prend sa part de communauté ; de plus sous tous les régimes il reprend ou conserve ses biens propres, enfin il obtient l'attribution des gains de survie stipulés à son profit dans le contrat de mariage (2).

« Pour sa dot et ses conventions matrimoniales » (art. 2135), ainsi que pour les différences, restitutions auxquelles elle peut avoir droit, la femme présente

(1) Bien des questions pourraient être soulevées ici : *quid* du 2^e alin. de l'art. 1570, accordant à la femme dotale devenue veuve le droit d'exiger les intérêts de sa dot pendant l'an du deuil ou de se faire fournir des aliments pendant ce temps aux dépens de la succession du mari ; et ajoutant que dans les deux cas elle aura droit à l'habitation durant cette année, et aux habits de deuil et sans imputation sur les intérêts à elle dus ? — *quid* également de l'art. 1465 qui offre une disposition analogue mais moins favorable à la femme commune ? nous pensons que ces décisions exceptionnelles ne sauraient être étendues par voie d'analogie. Réciproquement nous n'accorderons pas non plus au mari de la femme dotale les délais de restitution de la dot de l'art. 1565 ; le mari ne peut pas dire qu'il est pris au dépourvu et qu'il n'a pu prévoir l'éventualité de cette restitution.

(2) Le moment est venu de régler une hypothèse que nous avons réservée à la fin de notre paragraphe consacré à la période de présomption d'absence : L'époux présent est mort, nous le supposons, pendant cette période ; la liquidation de la communauté s'est faite d'après son état à ce jour, — puis le temps s'écoule et le jugement déclaratif de l'absence de l'autre époux intervient ; il y aura lieu de procéder entre les héritiers de l'époux présent et les héritiers présomptifs de l'absent à une nouvelle liquidation en se reportant au jour de la disparition ou des dernières nouvelles ; les héritiers de l'époux présent obtiendront alors l'attribution des gains de survie stipulés dans le contrat de mariage au profit de leur auteur. — Dans tout ceci il n'y a encore rien de définitif, car la date véritable de la dissolution du mariage et par suite du régime de biens des époux sera peut-être connue un jour. S'il en était ainsi, il faudrait procéder pour la troisième fois à une liquidation de la communauté. — En attendant exigera-t-on des héritiers de l'époux présent des garanties de restitution ? l'affirmative semble probable, ils exercent tous les droits qu'eût exercé l'époux présent lors de la déclaration d'absence de son conjoint, ils doivent être soumis aux mêmes obligations.

jouit de la garantie de son hypothèque légale, laquelle en principe existe indépendamment de toute inscription (1) : La question suivante peut être soulevée :

L'article 8 de la loi du 23 mars 1855 est-il applicable? On sait que cet article prescrit à la veuve et à ses héritiers de prendre inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage, sinon leur hypothèque ne daterait que du jour des inscriptions ultérieurement prises. Mais dans notre hypothèse le mariage n'est pas dissous; il y a donc une raison de douter, toutefois le passage suivant de l'exposé des motifs nous paraît décisif en faveur de l'affirmative (2) : « *Cette grande faveur de l'existence de l'hypothèque légale de la femme indépendamment de toute inscription sera maintenue tant que sera maintenue sa raison d'être* : Tant que la femme est dans la dépendance du mari dont l'intérêt est contraire au sien, la loi supplée par une protection peut-être exorbitante à la résistance du mari. Mais quand la capacité d'action sera revenue à la femme, le besoin de la publicité reprendra tous ses droits, et il ne peut plus être question que d'accorder un délai pour remplir la formalité prescrite par la loi commune ». Nous appliquerons encore l'article 8 de la loi de 1855 aux héritiers de la femme absente exerçant ses droits à l'encontre du mari (3), il n'y aurait aucun motif de les

(1) L'hypothèque légale garantit mêmes les avantages matrimoniaux stipulés au profit de la femme et portant sur les biens personnels du mari (Aubry et Rau, III, p. 221) il en résulte que la femme présente pourra les exercer à l'encontre des créanciers du mari. V. Orléans, 25 juin 1835, aff. Delaage, D. 1835, 2, 129. — Ce même arrêt a décidé que l'époux présent n'était pas tenu d'attendre l'envoi en possession provisoire des héritiers pour exercer ses droits de survie, mais qu'il devait faire nommer à l'absent un administrateur qui jouât le rôle de *contradictueur légal* de ses prétentions.

(2) V. Exposé des motifs, n° 13, D. 55, 4, 29.

(3) On admet en effet généralement que cet article s'applique aux héritiers de la femme prédécédée. V. Cass., 5 juil. 1877, D. 78, 1, 408, aff.

faire bénéficier de la faveur exorbitante dont parle l'exposé des motifs que nous citons il y a un instant.

Quel sera le point de départ du délai d'une année? il est évident qu'on ne peut le fixer rétroactivement au jour de la disparition de l'époux absent, nous le placerons au jour où la restitution de la dot peut être exigée c'est-à-dire au jour de la déclaration d'absence.

Mais si l'absence du conjoint vient à cesser, la déchéance du rang de l'hypothèque de la femme qui aurait pu être encourue tombera aussitôt. L'article 2135 reprendra tout son empire.

Comment faut-il régler la question des fruits? — Supposons le cas le plus habituel: pendant la période de présomption d'absence l'époux présent a administré tous les biens tant les biens communs que les biens propres de son conjoint; en ce qui concerne les biens dont l'époux absent s'était réservé la jouissance il n'y a guère de difficulté, tous les fruits devront en être restitués à ses héritiers lors de l'envoi en possession provisoire (1), l'article 127 que nous étudierons plus tard est ici sans application.

Il est raisonnable de considérer les fruits des biens communs comme ayant grossi la masse à partager (2);

Manem, et surtout Cass., 2 mai 1866. D. 66, 1, 241 à 245 avec note de Fr. Mourlon, aff. Chevallier.

(1) Sous la réserve toutefois de l'obligation élémentaire que l'époux présent pourrait faire valoir ainsi que nous l'avons admis précédemment. V. chap. I, § 2, 11^e part.

(2) L'art. 1476, C. civ. permet d'appliquer la règle *fructus augent hereditatem*, il s'agit là des fruits et bénéfices qui sont produits par les biens dépendants de la communauté sans le concours appréciable d'aucun des époux. — Les bénéfices qui ne résultent que de l'industrie personnelle de l'époux présent demeurent propres à ce dernier. — Enfin pour les fruits et bénéfices que l'un des époux a retirés par un certain travail personnel de l'exploitation des biens dépendants de la communauté, il y a plus de difficulté. Un arrêt fort important de la Cour de cassation, Ch. civ. rej. 24 nov. 1869, aff. Godin, D. 70, 1, 25 et la note, a décidé que ces bénéfices devaient être attribués à l'époux survivant (dans l'espèce il ne s'agissait

L'époux présent a-t-il pu continuer à en jouir malgré la dissolution rétroactive de la communauté? On ne saurait guère lui refuser ce droit (1),

Que décider encore relativement aux fruits des biens propres de l'absent, dont la jouissance exclusive était attribuée par le contrat de mariage à l'autre époux? L'hypothèse est facile à construire. Le mari est présent et il s'agit de biens dotaux, ou des biens de la femme sous le régime sans communauté, (art. 1530 et 1549 C. civ.) Le mari sera-t-il tenu de restituer aux héritiers de sa femme l'intégralité des fruits qu'il a perçus. Strictement interprétés les textes sembleraient commander cette dé-

pas de l'absence, mais du retard apporté à la liquidation d'une communauté dissoute par le prédécès effectif de l'un des conjoints), à la charge par lui de faire raison à la communauté, depuis sa dissolution (disons depuis la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent) jusqu'au partage, des loyers des immeubles (principalement des usines) et de l'intérêt des capitaux et choses mobilières employés. Les mêmes principes doivent être transportés ici sous la réserve des droits de jouissance que l'on peut reconnaître à l'époux présent commun en biens. V. la note suivante. Cf. Cass. 28 avr. 1884; Sir. 86, 1, 294, aff. Reine, D. 84, 1, 329. Il s'agissait dans l'espèce des produits et bénéfices d'un fonds de commerce l'époux qui a continué l'exploitation gardera en propre les bénéfices, s'il s'est livré pour son compte personnel à des opérations toutes nouvelles ne rentrant pas nécessairement dans le fonctionnement habituel de la maison de commerce, mais exigeant des connaissances spéciales et un travail qui lui soit propre.

(1) V. ce qui a été jugé par la Cour de Douai (13 janvier 1865, S. 66, 2, 61) dans une hypothèse d'absence : La femme, qui, malgré l'ancienne possession provisoire prononcée au profit des héritiers du mari et par suite de l'inaction de ces héritiers, a conservé de fait l'administration de la communauté, ne doit aucun compte des fruits et revenus perçus avant la déclaration d'absence ; ils sont réputés avoir été employés à l'alimentation, l'éducation et l'établissement des enfants communs ; elle doit compte au contraire comme *negotiorum gestor* des fruits et revenus perçus postérieurement. Elle doit compte également des capitaux par elle touchés en vertu de la procuration de l'absent si elle ne justifie pas qu'il ont été absorbés pour l'entretien de la famille — du prix des ventes d'immeubles, qu'elle a eu le droit de faire comme mandataire du mari, qui a été stipulé au contrat, non de la valeur actuelle de l'immeuble. Si contre toute vraisemblance elle n'a pas touché le prix, elle est responsable de l'inexécution du mandat.

cision (1) ; mais elle nous paraît contraire à l'esprit de la loi qui, d'une façon générale, ne montre pas favorable aux résolutions des droits en ce qui concerne les fruits. (V. art. 928, 1682 C. civ.), et qui plus spécialement, a voulu en notre matière que l'époux présent jouît au moins pendant la première période de l'absence de tous les avantages qui lui sont assurés par son contrat de mariage ; la restitution des fruits qu'on lui imposait serait à la fois et très onéreux, parce qu'il les a probablement dépensés, et même injuste, car s'il les a dépensés il l'a fait légitimement (2). — Si nous supposons un régime dotal et que la femme soit présente, il est certain que les héritiers du mari ne peuvent réclamer les fruits des biens dotaux depuis la disparition : la femme est dans une situation analogue à celle du nu-propriétaire (V. la note).

(1) L'art. 1570 est ainsi conçu : « Si le mariage est dissous par la mort de la femme l'intérêt et les fruits de la dot a restituer consent de plein droit au profit de ses héritiers depuis le jour de sa dissolution ». Mais ce texte suppose la mort certaine et connue, il est manifeste que les rédacteurs du Code en l'édicant n'ont pas songé à notre hypothèse.

(2) La question qui nous occupe est très différente de celle que l'on examine relativement aux fruits que le nu-propriétaire, invoquant présoirement au moins l'extinction de l'usufruit, peut réclamer dans la succession d'un absent ; les héritiers de ce dernier, qui ont sans doute été représentés dans l'administration intérimaire par un curateur, ne peuvent se prétendre lésés au même titre que l'époux présent ; les fruits et revenus ont dû être capitalisés par le curateur, tandis que, nous le répétons, ils auront fort bien pu être dépensés par l'époux présent. V. sur la question de l'usufruit ; Demolombe, *de l'absence*, n° 86, mais le motif sur lequel il se fonde dans ce cas appuie précisément notre solution en faveur du mari ; en effet, dit-il « personne n'a pu vraiment acquérir ces fruits au préjudice du nu-propriétaire puisque personne n'a possédé pendant la première période, personne si ce n'est l'absent qui justement est présumé n'avoir pas survécu à ses dernières nouvelles ». Ce motif même nous permet de décider que le mari, qui a véritablement possédé les biens dotaux jusqu'à l'envoi en possession provisoire des héritiers de la femme, a pu continuer à s'en approprier les fruits ; nous n'accorderons même pas les fruits aux héritiers présomptifs de la femme à partir de la déclaration d'absence, il ne tenait qu'à eux de demander par le même jugement l'envoi en possession provisoire : *jura vigilantibus succurrunt.*

2^o *Obligations incombant à l'époux présent.* —

Les opérations de liquidation du régime matrimonial ci-dessus décrites n'ont rien de définitif, l'époux présent est soumis à l'obligation éventuelle de restituer ce qui lui a été attribué ; l'article 124 parle en termes généraux de *choses sujettes à restitution*. On ne peut préciser davantage en effet sans empiéter sur des développements qui trouveront mieux leur place plus tard, lorsque nous traiterons des événements divers qui peuvent venir modifier la situation précédemment établie.

Les garanties de restitution prescrites par la loi sont les suivantes :

a) La confection d'un *inventaire* (art. 126) du mobilier et des titres de l'absent ; c'est une obligation qui est imposée à tous les envoyés en possession provisoire : le texte cité ne mentionne pas l'époux commun qui a opté pour la dissolution provisoire de la communauté, mais il ne faut pas induire son exemption de ce qu'il mentionne au contraire expressément l'époux qui opte pour la continuation de la communauté ; l'époux présent, dans notre espèce est un véritable envoyé en possession provisoire, et d'ailleurs l'utilité de l'inventaire est la même dans tous les cas ; nous admettons que cet inventaire doit s'appliquer à la part de communauté recueillie par l'époux présent, et sous tous les régimes à ses gains de survie, mais non aux biens propres repris ou conservés par l'époux présent ; quoique sous certaines distinctions et dans une certaine mesure ils constituent aussi des *choses susceptibles de restitution*. Cependant il serait difficile de les faire rentrer dans les termes de l'article 126 qui ne parle que des *biens de l'absent*.

Cet inventaire doit être fait en présence du procureur de la République près le tribunal de première instance

ou d'un juge de paix requis par ledit procureur de la République (art. 941 et sq. C. pr. civ.). Enfin il paraît bien clair que la loi ne prescrit qu'un seul inventaire de tous les biens mobiliers de l'absent, l'époux présent et les héritiers présomptifs de son conjoint, ainsi que tous ceux qui exercent leurs droits subordonnés à la condition de son décès, pourront donc s'entendre pour qu'il soit procédé en commun à cet inventaire : les frais au surplus en sont pris sur les biens personnels de l'absent, cette dette mobilière ne peut grever la communauté qui est rétroactivement dissoute.

Une deuxième obligation est celle de fournir *caution* ; elle est formellement inscrite à la charge de l'époux présent dans l'article 124 visant le cas où il opte pour la dissolution de la communauté ; cette obligation incombe encore à l'époux présent sous tous les régimes pour les gains de survie auquel il peut avoir droit (arg. de l'art. 123). — L'article 126 ajoute que le tribunal ordonnera, s'il y a lieu, de vendre tout en partie du mobilier ; dans le cas de vente il sera fait emploi du prix ainsi que des fruits échus. Pour les raisons précédemment déduites nous appliquerons encore cette disposition à l'époux présent ; cela ne fait pas grande difficulté en ce qui concerne les gains de survie, mais nous l'étendons même aux biens de la communauté, sous cette réserve essentielle que le tribunal doit tenir compte des intérêts qui peuvent être opposés de l'absent et de l'époux présent.

Enfin l'état des immeubles étant purement facultatif pour les envoyés provisoires nous n'avons pas à nous arrêter autrement sur le troisième alinéa de l'article 126. — Le texte termine en disant que les frais en seront pris sur les biens de l'absent.

3^e *Pouvoirs de l'époux présent.* — Nous n'avons pas jusqu'ici distingué suivant que l'époux présent était la femme ou le mari. Il devient nécessaire de séparer nettement les deux hypothèses (1).

a. Le mari est présent : La formule que nous proposerons est très simple : Le mari conserve tous les pouvoirs de disposition qu'il avait auparavant sur la part de biens communs qui lui est attribuée et les pouvoirs d'administration qu'il avait également sur les biens personnels de la femme qu'il a pu obtenir comme gains de survie ; le contrat de mariage avait réservé l'administration de ces biens à la femme, alors le mari serait dans la même situation qu'un envoyé en possession provisoire. V. les articles 125 et 128, Code civil pour le dernier cas et pour le premier les articles 1421 et sq. au titre du contrat de mariage ; nous croyons pouvoir nous borner à ces simples renvois.

b. La femme est présente : Il faut tenir compte avant tout de son incapacité de femme mariée qui subsiste (article 222, C. civ. et 863, C. Pr. V. notre Ch. I, § 3, 2^e P.)

Toutefois on peut admettre que la femme jouira des

(1) Signalons cependant une question commune aux deux hypothèses : elle se réfère aux versements que voudrait faire à son profit exclusif le conjoint présent à la *Caisse nationale des retraites pour la vieillesse* (lois du 18 juin 1850, art. 4 et loi du 20 juill. 1886, art. 13). Cette dernière loi s'exprime ainsi : « Le déposant marié qui justifiera soit de sa séparation de corps, soit de sa séparation de biens contractuelle ou judiciaire, sera admis à effectuer des versements à son profit exclusif. — En cas d'absence ou d'éloignement d'un des conjoints depuis plus d'une année le juge de paix peut accorder l'autorisation de faire des versements au profit exclusif du déposant. » Peut-on considérer dans notre espèce le conjoint présent comme séparé de biens ? sans doute il ne peut justifier de cet état, mais la situation en fait est la même ; d'autre part le texte vise simultanément le cas d'absence et celui d'éloignement, il n'offre donc pas le caractère d'une disposition réglementant restrictivement l'hypothèse de l'absence au sens technique du mot, même après la déclaration d'absence et la dissolution de la communauté. En réalité l'espèce que nous envisageons n'a pas été prévue par le législateur, il paraît raisonnable cependant de dispenser l'époux présent de la nécessité de se munir de l'autorisation de justice pour faire à la caisse des retraites un versement à son profit exclusif.

pouvoirs de *libre* administration dont parle l'article 1449 du Code civil, relativement à ses biens personnels ; car relativement à ses gains de survie et à sa part de communauté, elle est dans la même situation qu'un envoyé en possession provisoire (1). — L'application de l'article 1449 du Code civil s'appuie sur ce que nous avons ici l'équivalent tout au moins d'une séparation de biens, puisque le régime matrimonial dissous est liquidé. Quelles conséquences faut-il tirer de cette idée en ce qui concerne les question de totalité ?

L'inaliénabilité des immeubles dotaux subsiste, puisque d'après l'article 1554 cette inaliénabilité dure jusqu'à la dissolution du mariage, lequel est toujours réputé subsistant. Il a été jugé que la femme pourrait demander la nullité de la vente sans avoir à prouver l'existence de son mari au jour du contrat (2) ; cette décision est en harmonie avec la jurisprudence que nous avons d'ailleurs approuvée, relativement à la nullité des obligations contractées sans autorisation de justice par la femme d'un absent. Faut-il donner la même solution en ce qui concerne l'immeuble acquis par la femme depuis la dis-

(1) L'intérêt pratique de cette distinction se manifeste au point de vue suivant : relativement à ses propres mobiliers la femme pourra faire seule tous actes de disposition à titre onéreux, lesquels par une sorte de définition légale sont compris dans l'expression de *libre administration* (art. 1449) ; — il lui faudra au contraire l'autorisation de justice pour disposer même à titre onéreux des meubles corps certains compris dans sa part de communauté ou dans ses gains de survie. — Nous ne voulons pas discuter la question de savoir si les envoyés en possession provisoire peuvent ou non aliéner librement les meubles de l'absent : nous croyons cependant qu'ils ne pourraient les aliéner seuls que dans la mesure de l'administration.

Quant aux immeubles l'autorisation de justice est toujours nécessaire : nous admettons d'ailleurs qu'elle peut être donnée même pour l'aliénation de biens communs ou des biens personnels de l'absent. (Arg. de l'article 2126, C. civ.)

(2) Caen, 23 fév. 1826, aff. Alexandre, Dall. alph. V° *Contrat de mariage*, n° 3837.

parition de l'absent, dans le cas où le contrat de mariage contient la clause de dotalité même pour les biens à venir? Il y a ici une raison particulière de douter, c'est que cet immeuble n'a jamais été empreint d'un caractère certain de dotalité, puisqu'il est incertain que le mariage subsistât lors de l'acquisition ; dans ce cas, provisoirement au moins, nous n'accueillerions pas l'action en nullité de la vente que voudrait intenter la femme mais toutes les décisions que nous donnons présentement n'ont rien de définitif et sont subordonnées aux événements qui pourraient ultérieurement se produire (V. le n° 5).

Dans le silence de la loi, il paraît raisonnable d'admettre que la femme pourrasi faire autoriser de justice pour disposer de ses biens dotaux en faveur d'un enfant commun comme d'un enfant issu d'un mariage antérieur. MM. Aubry et Rau et Rodière et Pont (1) décident que la jouissance des biens dotaux doit dans tous les cas être réservée au mari, ce qui viserait dans notre espèce l'hypothèse du retour de l'absent ; il y aurait tout au moins lieu de combiner ceci avec la règle de l'article 127 que nous étudierons plus loin, mais nous croyons que l'article 1555, Code civil, dans lequel les auteurs cités puisent leur décision, doit être restreint au seul cas qu'il prévoit, savoir la donation faite à un enfant né d'un mariage antérieur ; là, en effet, on ne peut parler de l'obligation au moins morale pour le mari de doter un tel enfant ; au contraire en ce qui concerne l'enfant commun, la loi veut sans doute que sa volonté soit respectée (art. 1556), mais lorsqu'il est absent il vaut mieux dans l'intérêt de l'enfant présumer qu'il n'eût pas refusé son consentement.

(1) Aubry, et Rau, V, p. 584, Rodière et Pont, III, n° 1791. *contra* Zachariæ. Ed. Massé et Vergé, IV, note 45.

Si la situation est équivalente à celle qui résulte d'une séparation de biens, il faut logiquement appliquer les règles admises en cette matière relativement au droit qui appartient aux créanciers de la femme de saisir au moins dans une certaine mesure (1), et pour les dettes contractées par elle depuis la séparation de biens, les revenus de ses biens dotaux. De même il faut décider que l'imprescriptibilité des immeubles dotaux cesse :

Mais à ces deux points de vue la solution que nous proposons ne saurait avoir un effet rétroactif au jour de la disparition, ou des dernières nouvelles de l'absent (2), la situation équivalente à une séparation de biens que nous envisageons ne commence en réalité qu'au jour de la déclaration d'absence qui, ouvrant tous les droits subordonnés au décès de l'absent, entraîne la dissolution du régime matrimonial. — Il y aurait un grand danger à en faire remonter à tous égards les effets au jour de la disparition de l'absent.

Que se passera-t-il si le mari revient? Très certainement la prescription ne continuera pas à courir, mais *quid* si elle était accomplie avant le retour du mari? Lorsqu'il s'agit du rétablissement de la communauté dissoute par la séparation de biens (art. 1445), nous pensons que la prescription accomplie constituerait au profit du tiers possesseur un droit acquis, quoiqu'en principe le rétablissement de la communauté s'opère avec effet rétroactif; mais notre hypothèse est bien différente: le rétablissement de la communauté dans le cas de l'article 1445 a lieu par suite d'une convention

(1) V. Aubry et Rau, V. 623, et note 19.

(2) Pour l'affirmative on serait tenté de dire qu'en fait la femme a eu l'exercice de ses actions depuis la disparition de son mari comme si elle était séparée. Cette observation n'est pas décisive, autrement il faudrait donner la même solution dans le cas où la femme a été nommée tutrice de son mari interdit (art. 507, C. civ.)

entre le mari et la femme, on comprend que la femme ne puisse pas porter atteinte à des droits qu'elle a conférés ou qu'elle a laissé acquérir par sa négligence ; mais si l'absent revient le régime patrimonial est de plein droit, indépendamment de toute manifestation de volonté de la part des époux, réputé n'avoir jamais été dissous ; nous ne voyons pas de raison pour que les effets de la dissolution provisoire du régime matrimonial ne s'évalouissent pas rétroactivement.

4^e Condition des héritiers de l'absent par rapport à l'époux présent. — Conséquences diverses de la dissolution du régime matrimonial.

Il importe de déterminer exactement, s'il est possible, la condition des héritiers de l'absent par rapport à l'époux présent, car de cette détermination dépend la solution de plusieurs questions, dont la solution ne laisse pas de présenter de graves difficultés en raison du silence absolu des textes. Il ne semble pas qu'elles aient beaucoup préoccupé les interprètes, cependant si nombreux du Code civil. — L'article 125 du Code civil qualifie les envoyés de *dépositaires* : — ils ne possèdent pas en leur nom propre, dit-on, mais au nom et pour le compte de l'absent dont ils tiennent la place. Cette formule est exacte en principe (1), mais certaines conséquences doivent être examinées de près.

L'article 1595, Code civil, interdit la vente et la *datio in solutum* entre époux sauf dans certaines hypothèses. Cette prohibition sera-t-elle applicable dans les rapports de la femme présente avec les héritiers de son mari envoyés en possession provisoire de ses biens ? Le motif

(1). Nous en déduisons notamment que les immeubles dotaux possédés par les héritiers de la femme, continuent à être inaliénables, mais ils deviennent prescriptibles sous la condition résolutoire du retour de la femme absente.

qui sert de fondement à l'article 1595, c'est-à-dire la crainte des donations déguisées, ne se rencontre pas ici, nous pensons donc que ces envoyés pourraient employer les sommes devenues disponibles pendant le cours de leur gestion à l'acquisition d'un bien de l'époux présent. Réciproquement celui-ci pourrait acheter un bien de son conjoint administré par eux, en supposant qu'une telle aliénation même avec l'autorisation de justice soit permise (Question controversée). Tant que dure l'absence, la validité de l'acte que nous supposons ne souffre guère de difficulté, en ce sens que nul ne pourrait l'attaquer ; mais *quid* en cas de retour de l'absent ? Celui-ci est censé avoir été représenté dans cette acquisition par ses héritiers, le mariage a toujours subsisté, disons-nous que rétroactivement il y a eu vente entre époux ? Le résultat, qui serait la nullité de cette vente, paraît, il faut le reconnaître, peu raisonnable.

Quid de l'article 2253 ? Ce texte décide que la prescription ne court pas entre époux. L'époux présent prescrira-t-il contre les héritiers de l'absent ? A l'inverse ceux-ci pourront-ils prescrire contre lui ?

En cas de retour de l'absent, il est certain que la cause de suspension de la prescription aura subsisté ; c'est ce que tous les auteurs décident relativement à l'absence d'un mineur ou d'un interdit. — Mais si l'absence se prolonge, la prescription pourra-t-elle s'accomplir soit au profit de l'époux présent, soit contre lui ? cette question est très voisine d'une autre bien connue et qui consiste à rechercher si les causes de suspension de la prescription doivent s'apprécier dans la personne de l'absent ou dans la personne de l'envoyé en possession. Les auteurs se prononcent en grande majorité dans le premier sens ; mais notre hypothèse est

un peu différente, car la cause de suspension de la prescription réside ici non dans une qualité purement personnelle à l'absent, mais dans une relation entre l'absent et celui qui invoque la prescription où à qui on l'oppose. L'affirmative nous paraît cependant plus probable parce que nous ne retrouvons pas ici les motifs de protection qui ont inspiré l'article 2253 (1).

Les questions de prescription soulèvent plusieurs autres difficultés que nous devons au moins signaler : l'action en nullité de l'obligation contractée par une femme mariée non autorisée dure dix ans à compter de la dissolution du mariage. Il y a lieu de se préoccuper distinctement de l'action en nullité appartenant à la femme elle-même et de l'action en nullité appartenant aux héritiers du mari : en ce qui concerne la femme il faut décider que la prescription ne court pas actuellement ; il y en a une raison péremptoire, c'est que la prescription est présentée par l'article 1115 Code civil comme une ratification tacite, laquelle est impossible tant que dure l'incapacité de la femme (art. 222, C. civ. et 863, C. pr.). Il serait tout à fait insuffisant d'objecter que le fondement de l'article 1304 se trouve justement dans cette considération que le législateur n'a pas voulu que la femme en gardant le silence pendant le mariage, afin de ne pas dévoiler à son mari le manquement qu'elle a commis envers son autorité, perdît son action en nullité, or, peut-on dire, la femme de l'absent a pu agir sans crainte. Mais ceci même ne semble pas absolument exact ; la pensée (crainte ou espoir) que son mari peut revenir empêche la femme d'agir aussi librement que si elle était veuve : ce motif nous fait décider

(1) En tous cas le point de départ de la prescription ne peut être fixé rétroactivement aux jours des dernières nouvelles de l'époux absent, mais seulement au jour de la déclaration d'absence.

que l'article 2256, 2^e alinéa, aux termes duquella prescription est suspendue pendant le mariage toutes les fois que l'action de la femme réfléchirait contre le mari (1), conserve son application au cas d'absence de ce dernier. A ces deux points de vue la prescription ne courra pas en principe contre la femme tant qu'elle vivra, toutefois si elle est prudente elle agira en nullité, de peur que le décès de son mari ne vienne à être prouvé à une certaine date, de sorte que la prescription se trouverait en réalité avoir couru depuis ce jour. — Enfin on pourrait se demander s'il n'y aurait pas lieu à la prescription de trente ans à dater de l'acte passé par la femme, mais la combinaison des articles 2262 et 1304 est un point fort débattu et qui se trouve en dehors de notre sujet.

Quid maintenant de l'action en nullité que l'article 1125 reconnaît aux héritiers du mari, que nous supposons absent ? Ne parlons d'abord que des actes irrégulièrement passés par la femme avant la disparition ou

(1) Par exemple dans le cas où le mari avant son départ avait aliéné seul un immeuble de sa femme, celle-ci aurait le droit même en acceptant la communauté de revendiquer cet immeuble en totalité ; sauf à contribuer pour moitié à la restitution du prix et au paiement des dommages-intérêts qui seraient prononcés au profit de l'acquéreur. V. Aubry et Rau, V, p. 317, texte et note 24, la femme présente pourra certainement exercer cette action avec l'autorisation de justice lors de la dissolution de la communauté : la plupart des auteurs décident que la femme ne doit pas être admise à la former avant cette époque contre la volonté du mari et avec la simple autorisation de justice (V. Aubry et Rau, *op. et loc. cit.*) aucun texte ne commande à la vérité cette solution que l'on fonde seulement sur l'esprit de la loi, qui n'a pu permettre, dit-on, à la femme d'intenter malgré l'opposition du mari une action mettant en jeu sa responsabilité et qui serait de nature à troubler la paix du ménage. — Ce motif ne se rencontrant plus au cas d'absence du mari, nous pensons que la femme pourrait intenter cette action avec l'autorisation de justice même pendant la période de présomption d'absence : de plus la femme n'est-elle pas exposée à ce que la prescription soit réputée avoir commencé à courir contre elle du jour du décès du mari ultérieurement connu et peut-être survenu pendant la période de prescription d'absence ?

les dernières nouvelles de son mari. Nous pensons que la prescription courra contre eux du jour de la déclaration d'absence, c'est-à-dire du jour où ils pouvaient critiquer l'acte, car rien ne les a empêchés d'agir. Mais si le mari revient, la prescription accomplie contre ses héritiers ne lui sera pas opposable, non plus que la renonciation qu'ils auraient consentie au créancier. En effet lorsque nous avons admis que la prescription de l'action en nullité courait contre les héritiers du mari, nous songions à l'action qui leur compète comme héritiers, et non à l'action du mari dont ils ne peuvent avoir la disposition en aucune manière : en décidant autrement on aboutirait à un résultat inadmissible, savoir que, le mariage subsistant, le mari aurait perdu son action en nullité, alors que la femme aurait encore la sienne (1), car on n'irait pas jusqu'à prétendre que la prescription accomplie contre les héritiers produirait aussi son effet contre la femme. Ce motif que les héritiers du mari peuvent bien exercer l'action qui leur compète comme tels, mais qu'ils n'ont en aucune façon la disposition de l'action du mari, nous fait encore décider que la chose jugée, soit dans un sens soit dans l'autre, sur l'action en nullité intentée par les héritiers ne sera pas opposable au mari et ne pourra pas être invoquée par lui.

Quant aux actes irrégulièrement passés par la femme depuis la disparition ou les dernières nouvelles du mari, nous ne croyons pas que l'action en nullité puisse être exercée tant que durera l'absence par les héritiers de ce dernier. Au premier abord on n'aperçoit pas leur intérêt : il suffit cependant de supposer que le régime matrimonial est la communauté (2) et que la femme a

(1) Compar. Aubry et Rau, V, p. 178, note 124.

(2) L'intérêt que nous cherchons peut se rencontrer quoique à un

renoncé depuis la disparition du mari et sans autorisation de justice à une succession mobilière opulente qui, si le décès du mari venait à être prouvé à une date postérieure à l'ouverture de cette succession, devrait figurer dans la nouvelle liquidation de la communauté effectuée d'après son état au jour du décès prouvé. — Mais ce droit purement éventuel n'a pas dû paraître suffisant au législateur pour permettre aux héritiers d'agir en nullité contre cette renonciation de la femme, et de troubler ceux qui ont recueilli la succession en question à son défaut.

5° Evénements divers qui peuvent venir modifier la situation précédemment établie.

Le décès de l'époux présent ne changerait rien, provisoirement du moins, à l'état de choses que nous venons de décrire, ses héritiers succéderaient à ses droits et à ses obligations (1); mais deux événements peuvent se produire qui modifieraient au contraire profondément la situation précédemment établie : Ces événements sont :

degré moindre, sous d'autres régimes, par exemple sous le régime sans communauté et sous le régime dotal lorsque le contrat de mariage contient la clause de dotatité pour tous les biens présents et à venir de la femme ; l'intérêt se manifeste alors pour les fruits dont les héritiers pourraient demander la restitution au moins partielle (V. l'art. 127).

(1) L'espèce suivante s'est présentée devant les tribunaux : Deux époux s'étaient fait une donation universelle en faveur du survivant : la femme s'absente; puis le mari vient à mourir au bout d'un certain nombre d'années : l'administration des Domaines réclama la totalité de ses biens du chef de la femme absente de qui nul héritier ne s'était fait connaître, se fondant sur ce que les héritiers de l'époux présent devaient prouver la survie de leur auteur : le tribunal de la Seine accueillit cette étrange prétention par jugement du 20 janvier 1842; mais la Cour de Paris rétablit les véritables principes par arrêt du 6 janvier 1844. V. Dall. 1844, 2, 157 et 158, aff. Mayrand, les héritiers de l'époux présent purent conserver les biens de leur auteur et du chef de celui-ci les biens de la femme absente.

A. Le retour de l'absent ;

B. La nouvelle de son décès à une certaine date.

A. — *Retour de l'époux absent.* — Le régime matrimonial est rétabli, ou plutôt il est censé n'avoir jamais été dissous, il n'est besoin pour cela d'aucune manifestation de volonté de la part des deux époux : ajoutons qu'ils ne pourraient s'y refuser, sans quoi il y aurait violation du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales proclamée par l'article 1395 du Code civil. Enfin, à la différence de la cessation d'une séparation de biens judiciaire, il n'y a aucune mesure de publicité à prendre, cela est évident, puisque le rétablissement du régime matrimonial se fait sans écrit (comp. art. 1451). — Le moment est venu de préciser ce que comprennent et comment se font les différentes restitutions auxquelles donne lieu le retour de l'époux absent, nous déterminerons ainsi l'étendue de l'obligation des cautions, point que nous avons précédemment réservé. Il convient de distinguer suivant que le retour de l'absent s'effectue avant ou après l'époque de l'envoi en possession définitif (art. 129).

I. — *Retour de l'époux absent avant l'époque de l'envoi en possession définitif.* — L'article 129 détermine les deux faits qui amènent cette troisième période de l'absence ; ce sont :

L'expiration du délai de trente années à partir de l'envoi provisoire (1), ou l'espace de cent ans révolus depuis la naissance de l'absent. Les intéressés peuvent alors faire prononcer à leur profit par le tribunal l'envoi en possession définitif des biens de l'absent. — Nous insisterons tout à l'heure sur les effets de cette mesure. Jusqu'à cette époque les pouvoirs de l'époux présent et

(1) Ou plutôt d'après l'interprétation commune à *partir de la déclaration d'absence*. — V. Demolombe, II, n° 148.

des héritiers présomptifs de l'absent, ainsi que les garanties de restitution sont demeurés tels que nous les avons précédemment décrits. — L'absent de retour a droit à une double restitution et de la part de ses héritiers et de la part de l'époux présent ; nous avons surtout à insister sur ce qui concerne ce dernier ; une nouvelle distinction doit encore être faite suivant que l'absent est la femme ou le mari.

a) *Retour de la femme absente.* Cette femme recouvrera des mains de ses héritiers tout ce que ceux-ci auront recueilli en son nom, mais immédiatement elle devra restituer au mari tout ce à quoi il a droit en vertu du contrat de mariage.

L'étendue de ces restitutions varie suivant les régimes ; sous le régime de communauté le mari reprendra la *maitrise* de tous les biens communs et l'administrateur des biens propres de la femme, sauf clause contraire ; sous le régime sans communauté il a droit à l'administration et à la jouissance exclusive de tous les biens de la femme ; il en est de même sous le régime dotal mais seulement pour les biens dotaux.

Les héritiers de la femme conserveront la portion de fruits que leur attribue l'article 127, c'est-à-dire les quatre cinquièmes si la femme revient avant quinze ans révolus depuis le jour de sa disparition, les neuf dixièmes si elle ne reparait qu'après les quinze ans, la totalité après trente ans d'absence. La portion qui est restituée par eux à la femme devra être encore par elle versée suivant les cas dans la communauté, ou entre les mains du mari ; la femme en définitive ne conservant en propre que la portion de fruits afférente aux biens dont le contrat de mariage lui réservait la jouissance exclusive. Le mari n'a d'autre restitution à faire à sa femme que celle qui concerne les gains de survie qui

auraient pu lui être attribués en biens personnels de celle-ci, et dont il n'aurait ni l'administration ni la jouissance, il retiendrait toutefois la part de fruits qu'il a gagnée conformément à l'article 127, et d'ailleurs non pas pour lui-même mais pour la communauté.

Chacun des deux époux verra en outre tomber dans la communauté ainsi rétablie les acquisitions qu'ils avaient pu réaliser chacun de leur côté pendant l'intervalle de l'absence de l'un d'eux, de la femme dans notre hypothèse ; il est évident qu'aucune caution n'a pu être fournie à cet égard par ses héritiers lors de la liquidation provisoire. — Une dernière question se présente au sujet du rétablissement du régime matrimonial. La dot, en prenant ce terme dans son sens le plus général (art. 1540), est remise de nouveau entre les mains du mari, l'hypothèque légale de la femme qui sommeillait depuis la restitution faite aux héritiers de celle-ci reprendra rang du jour du mariage : mais lorsque plus tard interviendra une cause effective de dissolution du régime matrimonial, la femme pourra-t-elle faire rétroagir son hypothèque à l'encontre des tiers acquéreurs ou de créanciers hypothécaires avec lesquels le mari aurait traité dans l'intervalle qu'a duré la dissolution provisoire du régime matrimonial ? La même question se pose lors de la cessation de la séparation de biens judiciaire, et dans ce cas on décide avec raison que les droits acquis aux tiers doivent être respectés par la femme (1) : mais il y a entre cette hypothèse et la nôtre une différence fort

(1) V. Dall. alph. V^o. *Contrat de mariage*, n^o 2088. Cf. en matière de radiation d'inscription hypothécaire plus tard rétablie : le créancier est primé par les tiers qui ont pris inscription pendant l'intervalle. V. Aubry et Rau, III, p. 396, et note 41, mais dans notre espèce, l'hypothèque de la femme existe indépendamment de toute inscription, art. 2135.

importante que nous avons déjà signalée, savoir que la cessation de la séparation de biens judiciaire résulte d'un accord de volontés entre les deux époux, la femme y a donné son consentement, elle a dû le faire en connaissance de cause, au contraire le rétablissement du régime matrimonial lors de la cessation de l'absence de l'un des époux s'opère de plein droit. Cette considération nous paraît décisive et nous admettons par conséquent que l'hypothèque légale de la femme reprend toute son efficacité du jour de la célébration du mariage. — En donnant cette solution nous ne portons pas atteinte à cette règle que le mari a dû conserver, puisque le mariage subsistait, la plénitude de ses pouvoirs, mais il y a lieu de combiner ce principe avec les intérêts légitimes de la femme.

b. Retour du mari absent. Les restitutions se font *mutatis mutandis* d'après les règles que nous venons de tracer. Il y a lieu seulement de remarquer qu'elles sont beaucoup plus importantes et par suite que les obligations des cautions sont beaucoup plus étendues que dans l'hypothèse précédente : En effet le mari de retour recouvre ses biens personnels et les biens communs et même les biens personnels de la femme dont il a au moins l'administration ; la femme a du fournir caution pour tout ce qui lui a été attribué, sauf pour ses paraphernaux : quant aux fruits qu'elle a perçus l'article 127 n'offre pas une grande application, du moins sous le régime de communauté, car la portion qu'elle a pu gagner, elle doit la verser dans la communauté à titre d'acquêt, il en est de même de la portion qu'elle doit restituer au mari à moins qu'il ne s'agisse de biens du mari exclus de la communauté pour la jouissance, qui lui avaient été attribués à titre de survie.

De même que précédemment chacun des époux ver-

sera dans la communauté ses acquisitions réalisées pendant la durée de l'absence (1). Mais la question du bail de caution par la femme présente se pose ici d'une façon plus précise : elle peut se formuler ainsi : la femme, lors de la dissolution provisoire du régime matrimonial est-elle astreinte à fournir caution pour les acquisitions qu'elle réaliserait ultérieurement et qui seraient de nature à tomber dans la communauté si celle-ci devait être plus tard considérée comme n'ayant jamais cessé d'exister ?

Nous ne le pensons pas : l'article 124, quand il parle de *choses sujettes à restitution*, ne vise que les biens compris dans la liquidation provisoire du régime matrimonial, existant déjà ce jour : de plus la valeur de ces biens à venir est trop aléatoire, il faut qu'une caution sache autant que possible exactement à quoi elle s'engage. Mais à tous autres points de vue il faut décider que ces acquisitions tombent dans la communauté avec effet rétroactif, c'est ainsi que la femme n'aura pas eu sur ces biens les mêmes pouvoirs que sur ses biens personnels, mais seulement ceux d'un envoyé en possession provisoire, tout cela étant combiné avec son incapacité de femme mariée. (2)

II. *Retour de l'absent après l'époque de l'envoi en possession définitif.* — Les restitutions ont encore lieu comme précédemment, mais elles ne sont plus garanties par l'engagement des cautions (art. 129) et l'absent de retour ne peut critiquer les actes de disposition

(1) Le *Code civil du Mexique* de 1870, art. 753, dispose expressément que si l'absent revient après la déclaration d'absence la société de biens est rétablie, si elle avait été dissoute, mais les acquêts faits entre temps restent propres à l'époux qui les a réalisés (le régime de droit commun est la communauté réduite aux acquêts).

(2) V. pour l'intérêt pratique la p. 202 note 1. — Le mari dans la même situation ne sera pas réputé avoir eu sur de tels biens les pouvoirs sans limites qu'il a sur ses biens personnels. appl. de l'art. 1422, 2 al.

même à titre gratuit faits par le conjoint présent ou par ses héritiers présomptifs (art. 132) : toutefois l'incapacité de la femme a toujours subsisté, le seul changement que nous reconnaitrons, quant à elle, c'est qu'elle aura pu disposer librement à titre onéreux de tous les meubles qu'elle a eus entre les mains. -- Enfin, il n'y a plus lieu de procéder à aucun compte de fruits, mais la communauté rétablie se gros sit des économies de l'époux présent comme de toutes les acquisitions des deux époux conformément aux règles ordinaires.

L'absent, dit l'article 132, reprend ses biens dans l'état où ils se trouvent, il peut se produire alors des résultats très fâcheux. Par exemple, l'époux présent s'est montré bonadministrateur, tandis que les envoyés en possession définitif ont dilapidé les biens qu'ils avaient reçus ; sans doute la femme a la faculté de provoquer s'il y a lieu une séparation de biens et de renoncer à la communauté ; mais il faut auparavant que cette communauté soit rétablie et qu'elle y verse toutes ses acquisitions et la part des biens communs qu'elle a recueillie et qu'elle a su conserver : et à ce point de vue il n'y a pas lieu de distinguer entre le mari et la femme, quoique le résultat soit encore plus pénible pour le mari présent vis-à-vis des héritiers de la femme dissipateurs, puisque la femme n'a jamais la maîtrise de la communauté : mais d'autre part il serait trop dur de déclarer la femme de retour garante envers son mari eu égard aux biens communs, alors que ses héritiers ne sont pas garants envers elle-même en ce qui concerne ses biens personnels. — La loi n'a pas aperçu ces conséquences fâcheuses de l'article 132, nous ne pouvons suppléer à son silence. (1) Ajoutons qu'elles ne sont pas

(1) En Portugal le législateur de 1867 s'est montré plus prévoyant. Il

spéciales au régime de communauté. Le mari d'une femme dotale absente qui avait été obligé de restituer la dot aux héritiers de celle-ci devenue avec le temps envoyés définitifs, est exposé à ce que sa femme revenant il ne puisse recouvrer la dot qui a été dissipée par ses héritiers (1). Toutefois, plusieurs remarques pallient dans une certaine mesure l'injustice ou plutôt la dureté de ces solutions. Les espèces que nous envisageons sont fort rares, d'autre part le mariage ne durera sans doute pas longtemps, enfin il est peu probable que les charges du ménage s'accroissent désormais par la survenance d'enfants; quant aux enfants antérieurement nés, ce sont eux qui, par hypothèse, ont dissipé la fortune de l'absent (ils étaient ses héritiers les plus proches), ils sont donc peu intéressants.

Si lors du retour de l'absent l'époux présent était décédé, il y aurait lieu à une nouvelle liquidation du régime matrimonial en se reportant à la date du décès de l'époux présent. — Les héritiers de ce dernier devraient évidemment restituer les gains de survie que leur auteur avait recueillis et qu'il leur avait transmis.

B. — Nouvelle du décès de l'absent survenu à une certaine date: — L'article 120 reçoit alors son application. La succession de l'absent s'est réellement ouverte dès ce jour, par suite il faut se reporter à cette époque pour procéder à une nouvelle liquidation du régime matri-

résulte de l'art. 89, C. civ. que si l'absent revient après l'époque correspondante à notre envoi en possession définitif (art. 83, le conjoint présent peut continuer la communauté pendant 20 ans ou jusqu'à ce que l'absent ait atteint l'âge de 90 ans) l'époux présent n'est pas tenu d'accepter le rétablissement de la communauté d'après les bases du contrat de mariage; les époux peuvent modifier leurs conventions matrimoniales pourvu qu'ils le fassent par écritures publiques. V. notre Chapitre de législation comparée.

(1) Proudhon, I, p. 223, de *l'état des personnes* ajoute, ce qui est plus qu'évident, qu'il sera désormais dispensé de la rendre.

monial ; jusqu'à cette date la communauté a continué en droit sinon en fait : l'époux présent sera assujéti aux restitutions dont nous avons déjà parlé, et dont nous nous dispenserons de reproduire le détail : un seul point intéressant mérite d'être mentionné. Le mari lui-même devra restituer certains biens : en effet ses pouvoirs comme chef des biens communs ont expiré à la date du décès de la femme, il devra donc restituer ce qui pourra être prouvé lui être resté de biens communs à cette époque. Le compte des fruits se fait toujours en combinant les articles 127 et 1401 du Code civil. Depuis la dissolution effective du mariage l'époux présent conserve la totalité des fruits provenant de ses biens personnels et la portion indiquée par l'article 127 sur les autres biens dont il a joui, — Le même résultat fâcheux que nous signalions précédemment se reproduit et plus choquant encore lorsque le décès de l'absent est survenu postérieurement à l'envoi en possession définitif de ses héritiers, lesquels, nous le supposons ont dissipé les biens qu'ils ont recueillis, et peuvent cependant exiger de l'époux présent le partage de sa moitié de biens communs qu'il a sagement administrée. Toutefois les héritiers qui exercent ce droit ne sont peut être pas les mêmes que ceux qui ont dissipé leur part ; de plus il y a une sorte de réciprocité, car si l'époux présent avait perdu sa part de biens communs il exercerait le même droit à l'encontre des héritiers de l'absent. Enfin, dit M. Demolombe (1) on pourrait peut être dans ces circonstances examiner de plus près la conduite de celui des co-partageants qui aurait dissipé sa part, et ne pas étendre l'immunité prononcée par l'article 132 jusqu'à des faits qui constitueraient des fautes graves de la part d'un bon père de fa-

(1) *Traité de l'absence*, n° 306, *in fine*.

mille. — Dernière hypothèse : si l'époux présent est mort lui-même avant la date du décès de l'absent ultérieurement connue la nouvelle liquidation se fera entre les héritiers respectifs de chacun des époux en se reportant à la date du décès de l'époux présent qui a effectivement dissous le mariage.

Exception : Bénéfice de l'article 124.

**Option de l'époux présent pour la continuation
de la communauté**

Après avoir posé le principe que la déclaration d'absence ouvre provisoirement tous les droits subordonnés au décès de l'absent, la loi y introduit une exception résultant de l'option que l'époux présent peut exercer pour la continuation de la communauté. L'article 124 dans la partie qui nous reste à étudier est ainsi conçu : « L'époux commun en biens, s'il opte pour la continuation de la communauté pourra empêcher l'envoi provisoire et l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent et prendre ou conserver par préférence l'administration des biens de l'absent : » le texte se termine par ces mots « La femme en optant pour la condition de la communauté conserve le droit d'y renoncer ensuite. »

Déterminons la portée d'application de ce texte :

L'époux commun en biens : ces mots visent sans difficulté la communauté légale ; il n'y a pas de raisons pour traiter différemment la communauté conventionnelle, sous les formes multiples qu'elle peut revêtir en vertu de la liberté dont jouissent les conventions matri-

moniales (art. 1387). Mais l'article 124 est inapplicable au régime sans communauté, au régime de séparation de biens contractuelle, soit judiciaire (dans ce dernier cas on comprend que le conjoint présent ne puisse de sa seule autorité rétablir la communauté; les héritiers de l'absent n'auraient pas même qualité pour y consentir dans le cas où ils en auraient la volonté.) Enfin le régime total est également en dehors des termes de l'article 124. Mais *quid* s'il y était adjoint une société d'acquets article 1581? On a d'abord contesté l'application de l'article 124 (1) à cette hypothèse, mais elle paraît ne plus faire doute depuis longtemps; en effet qu'est-ce autre chose alors que la communauté réduite aux acquets des articles 1498 et 9 avec stipulation de règles spéciales concernant l'administration et les garanties de restitution des propres de la femme?

A quel moment peut s'exercer ce droit d'option et comment se manifesterait-il? L'époux commun *peut empêcher l'envoi provisoire*, nous sommes donc dans la seconde période de l'absence; la loi suppose que l'absence a été déclarée et l'option de l'époux commun se manifeste comme une contradiction à la demande d'envoi en possession introduite par les héritiers présomptifs de l'absent et par les divers ayants droit; il n'est pas nécessaire que l'envoi en possession provisoire ait déjà été demandé et obtenu par les héritiers (2); mais s'il l'avait été et avait duré jusqu'à l'époque

(1) V. Bellot des Minières, *Du cont. de mar.*, II, p. 23.

(2) Merlin, *Répert. de jurispr.*, V^o absence, prend la peine de démontrer cette proposition qui est pourtant évidente; nous ne reproduisons pas son raisonnement, mais il semble que Merlin a créé lui-même la difficulté pour avoir en quelque sorte la satisfaction de la résoudre, car il commence par modifier sensiblement le texte de l'art. 124; il lui fait dire: « l'époux commun en biens pourra empêcher l'effet de l'envoi provisoire » tandis que cet art. dit simplement: « l'époux commun pourra empêcher l'envoi provisoire »; il ne suppose pas que cet envoi a été demandé et obtenu, le

fixée par la loi, article 129, pour la transformation de cet envoi provisoire en envoi définitif l'époux commun aurait perdu irrévocablement son droit d'option : l'article 124 suppose avant tout que l'absence a été déclarée ; cela ne souffre pas de difficulté, s'il y a des héritiers de l'absent autres que ses enfants mineurs, ou s'il y a des personnes titulaires de droits sur les biens de l'absent subordonnés à la condition de son décès ; toutes ces personnes en effet pourront se pourvoir devant le tribunal afin que l'absence soit déclarée ; mais si l'absent laisse des enfants mineurs, et que nul ne puisse invoquer de droit subordonné à la condition de son décès, nul autre que le conjoint présent ne peut alors faire déclarer l'absence (1) ; or supposons que par calcul ou par négligence il ne l'ait pas fait (2), il en résultera cette conséquence que le délai de trente ans après lequel l'envoi définitif peut être prononcé par le tribunal ne commencera pas encore à courir (art. 129).

Le droit d'option du conjoint présent, bien qu'il soit de nature à mettre obstacle à tout envoi en possession provisoire, n'empêchera cependant pas l'ouverture du testament : le conjoint lui-même y a intérêt, car, comme le fit remarquer le Premier consul (3), peut-être le testament lui transmet-il toute la succession de l'absent, le conjoint présent exercera donc son droit d'option mieux en connaissance de cause : quant aux légataires ils ont intérêt à connaître les dispositions écrites à leurs profit afin de protéger leurs droits contre les dilapida-

droit d'option apparaît au contraire comme une contradiction à la demande des héritiers.

(1) Parce que nul ne peut justifier d'un intérêt ; les créanciers de l'absent ont même un intérêt tout opposé. V. cep. loi du 13 janv. 1817, art. 11.

(2) Si l'absence a été déclarée la tutelle étant alors ouverte le subrogé-tuteur des enfants sera le contradicteur du conjoint présent.

(3) V. la discussion de l'art. 124 au Conseil d'État. Fenet, VIII, p. 397 et sq.

tions de l'époux présent. — Terminons ces notions préliminaires en disant que la femme présente devra se faire autoriser par la justice pour exercer ce droit d'option dont le caractère de gravité ressortira suffisamment de nos explications sur ce sujet.

Nous avons à examiner les quatre points suivants :

1^o — Effets de cette option ?

2^o — Obligations qui incombent à l'époux présent.

3^o — Situation et pouvoirs de l'époux présent.

4^o — Comment cessera cette continuation de communauté et comment s'opérera la liquidation ?

1^o. — *Effets de l'option de l'époux présent pour la continuation de la Communauté ?*

L'article 124 dispose : *L'époux présent empêche l'envoi provisoire et l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent ; il prend et conserve par préférence l'administration des biens de l'absent.* Ce texte est conçu en termes très absolus : nous en déduisons les conséquences suivantes :

a. L'époux présent écartera toute réclamation, même venant de la part du nu-propriétaire d'un bien dont l'absent avait l'usufruit ; ce résultat peut paraître dur pour le nu-propriétaire, car il le privera de la jouissance de son bien pendant de longues années alors que peut être l'usufruit est en réalité éteint par la mort de l'absent. Plus tard nous rechercherons à quelle restitution de fruits il pourrait avoir droit.

b. L'époux présent prend ou conserve par préférence à tous l'administration de tous les biens de son conjoint, même de ceux qui étaient exclus de la communauté pour l'administration et pour la jouissance, telle est la condition des biens paraphernaux auquel nous supposons adjointe une société d'acquêts. — Décider

ainsi, c'est non seulement appliquer le texte de l'article 124 qui parle des biens de l'absent, et non pas seulement des biens communs; c'est encore entrer dans son esprit, qui est d'éviter le morcellement de la fortune de l'absent peu favorable à la bonne administration (1).

2º Obligations de l'époux présent ? . Il s'agit ici de obligations qui lui incombent au moment où il prend ou conserve l'administration des biens de l'absent ; la loi s'est préoccupée, ainsi que nous l'avons déjà vu, de garantir les droits des héritiers présomptifs et autres ayants droit de l'absent auquel l'époux présent devra ultérieurement restitution.

L'article 126 statuant expressément à la fois pour les héritiers présomptifs, qui ont obtenu l'envoi provisoire, et pour l'époux qui a opté pour la continuation de la communauté, ordonne qu'il soit procédé à un inventaire du mobilier et des titres de l'absent, en présence du procureur de la République ou d'un juge de paix requis par ce fonctionnaire. Malgré les termes très précis de ce texte, qui impose la nécessité de faire inventaire sans distinguer entre le mari et la femme ni entre les biens communs et les biens personnels de l'absent, certains auteurs ont cru devoir faire ces distinctions en elles-mêmes assez raisonnables, mais qui sont arbitraires, l'opinion dominante les a d'ailleurs repoussées (2). Nous ne voyons pas en quoi cette obligation porte atteinte aux droits que le mari tient de la loi ou de son contrat de mariage ; au surplus n'est-il pas dans une situation analogue à celle où il se trouverait s'il était tuteur légal de sa femme interdite, article 506 ? Les articles 509

(1) *Contrà* Marcadé sur l'art. 124.

(2) V. Demol. de l'absence, n° 281. Aubry et Rau, I, p. 617. *Contrà* : Toullier, I, n° 466. Zachariæ, I, p. 300.

et 452 lui imposeraient la même obligation. Nous reviendrons plus tard sur l'utilité et le rôle de cet inventaire.

L'article 126 ajoute : Le tribunal ordonnera, s'il y a lieu, de vendre tout ou partie du mobilier ; dans le cas de vente il sera fait emploi du prix ainsi que des fruits échus. La loi s'en remet à la prudence des magistrats pour ordonner cette vente du mobilier, *s'il y a lieu* : ces derniers mots enlèvent une grande partie de son intérêt à la question de savoir si ce 2^e alinéa de l'article 126 est applicable à l'époux présent. Nous admettons l'affirmative basée sur la rédaction même de l'article 126 qui est fort clair. Le premier alinéa mentionne les envoyés en possession provisoire et l'époux qui a opté pour la continuation de la communauté : toutes les prescriptions de ce texte leur sont donc communes, et le 2^e alinéa ne fait aucune distinction ni entre les envoyés et l'époux, ni relativement à ce dernier entre la femme et le mari — seulement il est évident qu'il faudra des circonstances très graves pour que le tribunal lui impose cette obligation ; mais nous ne lui refusons pas ce droit en principe (1).

L'époux présent n'est pas tenu d'appeler à l'inventaire les héritiers présomptifs qui seront représentés par le fonctionnaire désigné à l'article 126 ; mais ils pourraient y intervenir à leurs frais (arg. d'anal. de

(1) *Contrà*, Demolombe. *De l'absence*, n^o 281 : Cet auteur nous oppose que le mari conserve ses pleins pouvoirs d'administrateur : nous ne le contestons pas, mais la loi en édictant l'art. 124 a accordé un bénéfice à l'époux présent elle a pu en même temps en régler l'exercice : un conseiller d'Etat, M. Defermon, sur l'art. 14 du projet avait demandé la suppression de ce pouvoir du tribunal qu'il déclare exorbitant, dangereux et inconciliable avec le droit d'option de l'article 124. Il lui fut répondu que l'intérêt bien entendu de l'absent pourrait *exceptionnellement* exiger cette vente, qu'au surplus le tribunal apprécierait. — On ne parut pas distinguer entre le mari et la femme ; que si le plus souvent on parle de la femme présente, c'est seulement parce que tel est le cas le plus fréquent.

l'art. 882, C. civ.), ils ont, en effet, un intérêt légitime à contrôler l'inventaire.

Enfin l'article 126 mentionne la faculté qui appartient aux envoyés en possession provisoire, de requérir pour leur sûreté qu'il soit procédé par un expert nommé par le tribunal à la visite des immeubles à l'effet d'en constater l'état ; le rapport de cet expert devant être homologué en présence du ministère public et les frais pris sur les biens de l'absent. — Cette dernière disposition n'ayant aucun caractère impératif, il n'y a aucune difficulté à l'appliquer à l'époux présent, d'ailleurs, le seul intérêt de la question concerne les frais ; nous pensons que cette dette tombera dans la communauté sans récompense (1).

Quid de l'obligation de fournir caution ? (2) Il existe sur ce point une controverse classique sur laquelle nous n'insisterons pas longuement ; l'article 123 l'impose aux héritiers présomptifs, mais ce texte ne comprend pas l'époux commun dont la loi n'a pas encore parlé. L'article 124 n'exige la caution que dans le cas où l'époux présent opte pour la dissolution de la communauté (3). L'article 129 n'a pas pour *subjecta materia* de décider si l'époux commun qui a opté pour la continuation de la communauté doit fournir caution, et se borne à dire que lors de l'envoi en possession définitif, les cautions

(1) Ceci se rattache à notre système sur la liquidation de la communauté continuée, V. plus loin.

(2) Bourjon, dans notre ancien Droit, tout en admettant la femme à faire durer la communauté jusqu'à ce que l'absent ait atteint l'âge de cent ans, l'astreignait à fournir caution, *ne devant pas, dit-il, être traitée plus favorablement que les héritiers présomptifs. Droit commun de la France*, I, p. 103.

(3) Nous voyons même que les rédacteurs du Code civil hésitèrent à imposer cette charge à l'époux présent optant pour la dissolution de la communauté, V. l'*Exposé des motifs* de Bigot de Préameneu.

qui *auront dû être fournies* seront déchargées; il laisse la question intacte. Reste le principe qu'il ne faut créer sans texte aucune obligation, d'autant plus que cette charge fort lourde pourrait être de nature à détourner l'époux présent de l'option pour la continuation de la communauté parti cependant le plus favorable aux yeux de la loi.—

Comme précédemment nous repousserons toute distinction entre le mari et la femme (1).

Nous n'avons pas à parler des obligations qui incombent à l'époux au cours de l'administration légale, elles ne sont autres que la détermination et la limitation de ses pouvoirs qui vont maintenant nous occuper : quant à la sanction de l'obligation générale d'administrer en bon père de famille elle se trouve dans le droit que nous reconnaitrons aux héritiers de l'absent de requérir du tribunal les mesures nécessaires (V. le n° 4).

3° — *Situation et pouvoirs de l'époux présent.* L'époux présent administrateur légal des biens de son conjoint le représente et à seul qualité pour défendre aux actions qui seraient tentées contre l'absent (2). Au surplus, la situation de l'époux ne diffère pas à ce point de vue de celle des héritiers présomptifs envoyés en possession provisoire (V. l'art. 134, C. civ.).

Au contraire nous devons préciser avec soin quelle est l'étendue de ses pouvoirs. Il est nécessaire ici de distinguer suivant qu'il s'agit du mari ou de la femme :

(1) Cette distinction pourrait s'appuyer sur cette considération que les héritiers de la femme trouvent dans leur hypothèque légale une autre garantie. V. en sens divers, Paris, 9 janv. 1826, *Journ. des aud.* p. 26, 2, 233, aff. Delaplane : Cf. trib. de la Seine, 23 mars 1863, *Journal de Droit* du 18 mai, aff. Moissonnier.

(2) V. Limoges, 28 août 1812, aff. Lacroix-Devillen. et Carette, IV, 2, 102, et cela bien qu'en fait les héritiers présomptifs détiennent une partie des biens.

a. *La femme est présente*, tel est le cas le plus ordinaire; elle *prend* l'administration dit l'article 124 qui s'exprime ainsi à dessein parce que du Droit commun, la femme n'administre pas la communauté et à plus forte raison les biens du mari (1); toutefois remarquons qu'en fait au moment de l'option, la femme *conserve* cette administration plutôt qu'elle ne la prend; car pendant la période de présomption d'absence n'est-ce pas elle à qui le tribunal l'a déjà confiée? Et s'il n'a pas cru devoir le faire, la lui rendra-t-il plus tard, lorsque ses droits sont plus incertains, et que les héritiers de l'absent doivent être protégés plus efficacement contre les imprudences ou les malversations de la femme? Toutefois dans ce cas la femme n'est privée que de l'administration non de la jouissance des revenus que le curateur nommé par le tribunal devra lui remettre.

Mais supposons que la femme administre elle-même; nous avons déjà dit qu'elle demeurerait incapable (art. 222, C. civ. et 863, C. pr.), elle n'a même pas la capacité spéciale que confère à la femme séparée de biens l'article 1449, Code civil; elle ne pourra donc aliéner les meubles pas plus ceux de la communauté que ceux de son mari ou les siens propres; toutefois dans l'intérêt même de la bonne gestion, il faut reconnaître que la justice pourra, si elle ne l'a déjà fait, lui conférer une autorisation générale pour faire tous actes rentrant dans une sage administration (2). Quant à elle, peuvent s'appliquer les articles 125 et 128 qui qualifient de dépositaires les envoyés en possession provisoire, et déclarent que ceux qui ne jouissent *qu'en vertu de cet envoi* ne pourront aliéner

(1) Cette nuance est due à une observation du tribunal, V. Fenet, VIII, p. 4. 33.

(2) Rigoureusement parlant une femme mariée ne peut faire seule que des actes purement conservatoires, tels que la réquisition d'une transcription et d'une inscription hypothécaire.

ni hypothéquer les biens de l'absent; la femme, peut-on dire, ne jouit qu'en vertu du bénéfice de la loi de droit commun et d'après son contrat de mariage, elle est sans droits (1).

Nous ne nous appesantirons pas davantage sur les pouvoirs de la femme (2); les questions que l'on pourrait soulever n'étant pas en effet spéciales à notre hypothèse mais communes à toute la matière de l'absence, nous signalerons seulement l'article 1427 qui supposant le mari absent dispose que la femme pourra avec l'autorisation de justice s'obliger ou engager les biens de la communauté pour l'établissement des enfants communs 3.

b. Le mari est présent. Il conserve l'administration des liens communs et des biens personnels de la femme et *prend*, si l'on veut, celle des biens paraphernaux. Ses pouvoirs continuent à être réglés par le droit commun, l'absence de la femme n'y porte aucune atteinte; on ne peut dire en effet de lui qu'il ne jouit qu'en vertu

(1) Il a été jugé spécialement que la femme de l'absent ne pouvait transiger : Orléans, 22 nov. 1850, D. 51, 2, 70.

(2) Supposons un régime dotal avec société d'acquêts (art. 1581, C. civ.) l'inaliénabilité des immeubles subsiste certainement; nous déciderons de même relativement à l'imprescriptibilité, parce que nous n'avons pas ici comme dans le cas de dissolution du régime matrimonial l'équivalent d'une séparation de biens; sans doute la femme a recouvré en fait l'exercice de ses actions, mais la cessation de l'imprescriptibilité des immeubles dotaux n'est pas le corollaire nécessaire de cette idée. C'est ainsi que la Cour de cassation a décidé que les immeubles dotaux n'en demeuraient pas moins imprescriptibles parce que la femme s'était réservée par son contrat de mariage l'administration de ses biens dotaux (clause jugée licite). V. Cass., 17 fév. 1886, aff. Calmette, D. 86, 1, 249. Sirey, 1886, 1, p. 161 et note de M. Ch. Lyon Caen. combattant énergiquement cet arrêt.

(3) L'art. 1427 ne doit pas, selon nous, être interprété trop restrictivement : nous admettrions par exemple que la femme pût se faire autoriser de justice pour vendre un immeuble de la communauté déjà saisi et afin d'éviter les frais d'expropriation de cet immeuble. V. Bourges, 13 fév. 1830. D. 31, 2, 78, aff. Charne : de même la justice pourrait autoriser la femme à engager la communauté pour un marché avec des entrepreneurs à l'occasion de réparations urgentes à un immeuble commun. V. cep. Dall. alph. V^o. *Contrat de mariage*, n^o 1079.

du bénéfice de la loi. M. Demolombe ajoute (1) : si la déclaration d'absence avait pour résultat de modifier les pouvoirs du mari sur les biens de la communauté la loi n'aurait pas manqué sans doute de le soumettre à la même publicité qu'elle exige lorsqu'un jugement de séparation de biens vient changer les conventions matrimoniales. Nous nous bornons donc à renvoyer aux articles du contrat de mariage qui règlent les pouvoirs du mari relativement aux biens communs et aux biens propres de sa femme (V. 1421 et sq.), ses biens demeurent grevés de l'hypothèque légale des articles 2121 et 2135. On peut se demander si le mari serait recevable dans l'intérêt de son crédit à demander au tribunal une réduction de cette hypothèque ? Les articles 2144 et 5 du Code civil exigent le consentement de la femme et l'avis des « quatre plus proches parents d'icelle ». Les auteurs examinent alors la question de savoir si au cas de refus de la femme le mari peut porter sa demande devant les tribunaux : la majorité de la doctrine et la jurisprudence maintiennent le texte des articles précités. Dans notre hypothèse il ne s'agit pas du refus de la femme mais de son impossibilité de consentir, or, peut-on dire, la femme, si elle était présente, accorderait peut-être son consentement à la restriction de son hypothèque ; on répondra qu'il se pourrait aussi qu'elle le refusât, qu'en tout cas elle n'est pas là pour déduire en justice les motifs de son refus ; enfin que le mari a un autre moyen de libérer son crédit et qui ne lui appartient pas lorsque la femme est présente, c'est de restituer la dot en renonçant à la continuation de la communauté, c'est là un point que nous allons prochainement étudier.

(1) *De l'absence*, n° 285.

4°. — *Comment cesse la continuation de communauté et comment s'opère la liquidation ?*

L'article 129 dispose que si l'absence a continué pendant trente années depuis l'époque à laquelle l'époux commun aura pris l'administration des biens, où s'il s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent, tous les ayants droit pourront demander le partage des biens de l'absent et faire prononcer l'envoi en possession définitif par le tribunal de première instance. Nous avons déjà indiqué que d'après l'opinion commune, les trente années couraient à partir de la déclaration d'absence, ce qui donne en notre matière une grande importance à ce que l'absence soit effectivement déclarée par un jugement; car souvent dans la pratique les seuls intéressés étant des enfants mineurs, l'époux présent continuera à administrer les biens de son conjoint et à en jouir sans que l'on puisse dire qu'il ait fait un véritable acte d'option pour la continuation de la communauté.

L'envoi en possession définitif demandé par les héritiers de l'époux absent sera donc une cause de cessation de la communauté. Ajoutons les deux causes suivantes qui ne sauraient souffrir de difficulté, savoir : *Le décès connu de l'absent* à une certaine date ou au contraire *le décès de l'époux présent*. Enfin deux autres causes de cessation de la communauté continuée sont susceptibles de controverse, ce sont : la *renonciation de l'époux présent* et le droit qu'auraient les intéressés de demander la *séparation de biens contre l'époux présent* mauvais administrateur.

Nous devons auparavant nous préoccuper d'une espèce toute différente qui d'ailleurs ne nous retiendra pas longtemps : Que se passera-t-il en cas de retour de l'absent, ou de réception de ses nouvelles ?

La solution est évidente. La communauté continuera dès lors en vertu des règles du droit commun au lieu de continuer en vertu d'un bénéfice spécial de la loi, il ne se pose guère de question qu'en ce qui concerne le compte des fruits. L'article 127 que nous avons déjà rencontré y est relatif : En prenant ce texte à la lettre l'époux présent gagnerait suivant la durée de l'absence quatre cinquièmes, neuf dixièmes ou même la totalité des fruits. Mais il faut combiner cette disposition avec le principe supérieur de l'article 1401, au titre du contrat de mariage (1). Il en résulte que les fruits seront acquis en définitive à la communauté ; on ne peut nier en effet qu'elle ait continué en droit comme en fait, et rien n'autorise à attribuer à l'époux présent une portion de fruits aussi considérable alors que l'absent de son côté a peut-être continué à enrichir la communauté par ses travaux et ses spéculations. — S'il s'agissait de biens personnels de l'absent exclus de la communauté pour la jouissance, l'époux présent aurait bien acquis la portion de fruits fixée par l'article 127, mais toujours pour la communauté, la portion restituable à l'absent de retour demeurant seule propre à ce dernier.

A. *La communauté continuée cesse par suite de l'envoi en possession définitif* demandé et obtenu par les héritiers de l'absent et par les divers ayants droit : il y a lieu à une liquidation de la communauté et à une restitution de la part du conjoint présent aux héritiers de l'absent. — Quels sont ces héritiers ? Sur ce point il ne saurait y avoir de doute : ce sont ceux qui avaient cette qualité en se reportant au jour de la disparition ou des dernières nouvelles (article 120) et qui auraient pu obtenir l'envoi en possession provisoire si l'époux présent

(1) V. Demolombe, II, p. 402 et 403.

n'y avait pas mis obstacle en exerçant son droit d'option. Eux seuls peuvent prouver qu'ils ont survécu à l'absent, condition essentielle de la vocation héréditaire, article 725.

Mais pour la liquidation de la communauté une grosse difficulté s'élève : à quelle époque faut-il se placer pour opérer cette liquidation ? A ce même jour de la disparition ou des dernières nouvelles, ou au jour où la communauté continuée cesse ? En d'autres termes faut-il ou non admettre la dissolution rétroactive ? (1) — L'opinion très générale s'est prononcée en faveur du système de la dissolution rétroactive. C'est ce système cependant que nous allons essayer sinon de renverser du moins de combattre ; car nous croyons fermement que la communauté doit être réputée avoir effectivement continué jusqu'au jour de l'envoi en possession définitif.

La première doctrine ne peut invoquer l'article 124 qui tout au plus, laisse la question entière, mais elle se fonde sur la rubrique de la section I, du chapitre III, titre de l'absence, où ce texte se trouve placé, et qui est ainsi conçue : *Des effets de l'absence relativement*

(1) V. cependant en sens contraire : Delvincourt, p. 47, note 16, Bellot des Minières, *Du contrat de mariage*, II, p. 37 et sq. et les auteurs des *Anciennes Pandectes françaises* : De Riffé — Cambrai et Delaporte. — Nous ne connaissons pas de décision de jurisprudence sur la question du moins en France ; mais dans le *Répertoire de la jurisprudence belge* de MM. Luc. Jamar, A. Monville et J. Toussaint, Bruxelles, 1882. V. absence, n° 37, nous relevons la note suivante : « L'association conjugale et la communauté légale ne « perdurent » pas de manière à produire leurs effets entre l'époux absent ou ses héritiers et l'époux présent jusqu'au décès de ce dernier. La continuation de la communauté n'a et ne peut avoir d'autre effet que d'attribuer à l'époux présent l'administration provisoire des biens de l'absent de préférence aux héritiers de celui-ci ». Trib. de Bruxelles, 16 avr. 1866 *Belg. judic.* 1866, 632. — Ce jugement est reproduit *in extenso* dans les *Pandectes Belges* de E. Picard et N. Hoffschmidt, Bruxelles, 1878, I, V°, absence, n° 295 et note.

aux biens que l'absent possédait au jour de sa disparition. Puis l'article 124 en consacrant le droit d'option de l'époux présent pour la continuation de la communauté se présente seulement comme un *retard* possible apporté à l'envoi provisoire, retard qui se prolonge jusqu'à l'envoi en possession définitif; mais alors on doit se reporter au jour de la disparition ou des dernières nouvelles, puisque c'est à cette époque que l'absent est réputé mort quant à l'ouverture de sa succession; or dans cette succession se trouve comprise la part de communauté qui doit revenir à l'absent. — On ajoute que la loi en obligeant l'époux présent à faire inventaire lorsqu'il opte pour la continuation de la communauté n'a pu songer qu'à cette liquidation rétroactive.

Enfin trois objections sont tirées 1° de ce que si l'on admettait que les acquêts faits par l'époux présent (successions et donations mobilières) tombaient dans la communauté continuée, il y aurait là une injustice flagrante, puisqu'il ne pourrait y avoir aucune réciprocité à cause des articles 135 et 136; 2° De ce que dans notre système l'article 127 concernant le gain des fruits par l'époux présent ne recevrait aucune application; 3° De ce qu'il serait dangereux de laisser à l'arbitraire de l'époux présent de renoncer à la continuation de la communauté à tel moment que bon lui semblerait et qui lui serait favorable, déterminant ainsi la date de la liquidation.

Nous répondrons d'abord à ce qu'on peut appeler l'argument de textes ou de principes que l'on tire de la rubrique de notre section et de l'article 120.

La succession de l'absent, dit-on, s'ouvre au jour de sa disparition. Nous ne le contestons pas, et nous avons admis que les héritiers de l'absent qui pourront invo-

quer ce titre seront ceux qui prouveront qu'ils lui ont survécu, donc qu'ils étaient au moins conçus lors de sa disparition, article 725, Code civil. — Mais y a-t-il une corrélation nécessaire entre cette manière de déterminer les héritiers de l'époux absent et la dissolution rétroactive de la communauté? c'est ce dont il est permis de douter : Rappelons la doctrine de Pothier (1) « lorsque l'un des conjoints, dit-il, est absent sans que l'on sache s'il est mort ou vivant, la communauté est provisionnellement dissoute du jour de la demande qui a été formée contre le conjoint présent par les héritiers présumptifs de l'absent, qui après le temps fixé par la coutume et par l'usage se sont fait envoyer en possession des biens de l'absent, ou du jour de celle que le conjoint a donnée contre eux. Pothier ajoute : *« on ne peut pas prétendre qu'elle ait été dissoute plus tôt, faute de pouvoir prouver le temps de la mort de l'absent qui en ait opéré la dissolution. »*

Sans doute il n'est pas question là de continuation de communauté, mais ne voyons-nous pas repoussé en termes très formels le système de la dissolution et de la liquidation rétroactives de la communauté? (2) Remarquons le langage de Pothier, il ne s'exprime nullement sous forme dubitative; cependant dans son traité des successions (3) après quelque hésitation il déclare

(1) *Traité de la communauté*, n° 505.

(2) Nous avons pourtant admis ce système pour le cas où l'époux présent lors de la déclaration d'absence opte pour la dissolution provisoire de la communauté, nous en donnerons plus loin une raison qui nous paraît décisive.

(3) *Traité posthume des successions*, chap. III, sect. 1, § 1. — Pothier avait tout d'abord professé une doctrine différente dans son *Introduction*, au titre XVII de la *Coutume d'Orléans*, n° 37; il réputait la succession de l'absent ouverte au temps où l'on avait commencé à désespérer de recevoir de ses nouvelles, étant contre la vraisemblance qu'il soit mort précisément au temps où l'on a reçu de ses nouvelles pour la dernière fois. Cf. Bretonnier, *questions de droit*. V° absent. — Il faut reconnaître qu'un tel

que la succession de l'absent doit être réputée ouverte du jour de sa disparition, et que pourront seuls y prétendre ceux qui avaient la qualité d'héritiers de l'absent à cette date. La combinaison de ces deux décisions de Pothier montre clairement qu'il n'y a pas en raison pure contradiction entre les deux idées qu'elles renferment, et nous en tirons cette conclusion, qu'il n'y a pas corrélation nécessaire entre la manière de désigner les héritiers de l'époux absent et la dissolution rétroactive de la communauté.

Nous plaçant maintenant en face des textes du Code civil, nous dirons que l'article 120 pose en effet un principe qui est celui-ci : l'envoi en possession provisoire lors de la déclaration d'absence au profit des héritiers de l'absent des biens qui appartenaient à celui-ci au jour de sa disparition ; ce principe entraîne, ainsi que nous l'avons dit, la dissolution, et nous l'admettons, la dissolution rétroactive de la communauté ; mais précisément l'article 124 a pour but d'apporter une dérogation à ce principe dans le cas où l'époux présent opte pour la continuation de la communauté, il faut alors donner plein effet à cette option et l'entendre telle qu'un esprit non prévenu l'entendrait. Car il faut le reconnaître, l'idée de rétroactivité ne se présente pas naturellement

système était au fond assez raisonnable ; l'autre, qui a prévalu, aboutit à faire réputer mort un individu à une époque où personne ne doutait de son existence. — En législation comparée signalons la *loi écossaise du 22 août 1881* qui, dans son art. 8, dispose expressément que le décès ne sera pas reporté au jour de la disparition mais au dernier jour de la septième année. V. *Annuaire de législ. étr.* vol. de 1881, p. 75. Et cependant il ne s'agit pas là d'une déclaration de décès. Dans les pays admettant cette institution la règle est que l'on prend le dernier jour du délai pour date du décès présumé. De Savigny, *Traité de Droit romain*, II, p. 17 et sq. En Autriche une loi du 9 août 1854 décide que la présomption de vie persiste au profit de l'absent pour lui permettre de recueillir des successions ou des legs jusqu'à l'époque à laquelle se place la présomption de mort. V. *Ann. de législ. étr.* 1883, Traduct. de la loi du 16 fév. 1886 par M. Bufnoir, p. 344 et sq.

à l'esprit lorsqu'il est parlé d'une continuation de communauté; on ne suppose pas tout d'abord une fiction. Remarquons même la rédaction de l'article 124: Énonçant les deux branches de l'option, ce texte indique l'option pour la dissolution *provisoire* de la communauté, mais parlant à deux reprises différentes (1^{er} et 2^e alin.) de l'option pour la continuation de la communauté il n'ajoute pas *provisoire*: aucun des textes de cette section ne semble considérer la continuation de la communauté comme provisoire et cependant l'hypothèse de beaucoup la plus fréquente c'est que l'absent ne revient jamais (Voir articles 126, 128, 134.)

Allons plus loin; est-ce que la continuation d'une communauté au delà de son terme ordinaire était alors absolument nouvelle pour les rédacteurs du Code civil? Nous ne rappellerons pas le système particulier de Bourjon, qui ne paraît pas avoir eu un grand retentissement dans notre ancien droit, mais le système des continuations de communauté des articles 240 et 241 de la coutume de Paris (1), laquelle formait en ce point le droit commun coutumier n'était-il pas en vigueur jusqu'en 1803 s'il y a un texte spécial, l'article 1421 vint en consacrer l'abrogation? Nous ne prétendons pas qu'il faille appliquer toutes les règles parfois compliquées qui gouvernaient cette continuation de communauté dans la coutume de Paris; bien des différences la séparent de la théorie de l'article 124, et nous y insisterons en temps et lieu, mais ce que nous en tirons c'est qu'on ne peut prétendre que notre système impose aux rédacteurs du Code civil une continuation de communauté à laquelle ils n'auraient pas pu du tout songer. A la vérité

(1) V. Pothier, VI^e partie, du *Traité de la communauté*, n^o 769 et 770. La coutume d'Orléans, art. 216, avait un système différent à plusieurs points de vue, V. n^o 773.

les travaux préparatoires sont peu explicites sur ce point, cependant nous croyons pouvoir invoquer en notre faveur ces paroles de Thibaudeau : (1) « M. de Malle-ville ne conteste pas le principe (que la femme pourra renoncer à la communauté) mais il désire que ce droit de renoncer soit éteint après l'envoi en possession définitif des héritiers ; cette proposition est juste, mais l'article 16 (du projet correspondant à notre article 129) lève toute équivoque puisqu'il *fixe l'époque à laquelle les droits de toutes les parties sont réglés*, et il est bien évident que la femme devra alors consommer son droit. »

Abordons maintenant la réfutation des objections soulevées par nos adversaires : on nous oppose d'abord que dans notre système l'article 127 devient absolument lettre morte (2). Bien qu'à plusieurs reprises nous ayons fait connaître les dispositions de ce texte, il est nécessaire de le transcrire ici en entier. « Ceux qui, par suite de l'envoi provisoire ou de l'administration légale, auront joui des biens de *l'absent*, ne seront tenus de *lui* rendre que le cinquième des revenus, *s'il reparait* avant quinze ans révolus depuis le jour de sa disparition ; et le dixième *s'il ne reparait* qu'après les quinze ans. Après trente ans d'absence la totalité des revenus leur appartiendra. »

Ce texte semble bien ne viser que le cas de retour de l'absent, non celui où il ne revient pas, et où il y a lieu à un règlement de compte entre l'époux présent et les

(1) Fenet, VIII, p. 412. Cf. l'exposé des motifs de Bigot de Préaménen : « Les héritiers n'ont jamais prétendu que l'époux présent fût tenu de rester malgré lui en communauté de biens avec eux, de quel droit le forceraient-ils à la dissoudre si la continuation lui en était avantageuse ? » n'est-ce pas ainsi que l'on s'exprime lorsqu'on a en vue une véritable continuation de la communauté ?

(2) V. Demolombe, II, n° 293, *in fine*.

héritiers de son conjoint ; telle est précisément notre hypothèse ; le reproche qui nous est adressé de ne pas appliquer l'article 127 est donc immérité : mais voyons comment nos adversaires eux-mêmes règlent cette question des fruits. Ils ont à choisir entre deux solutions qui ni l'une ni l'autre ne sont satisfaisantes, ils sont les premiers à le reconnaître (1).

De deux choses l'une : ou ils doivent exiger de l'époux présent la restitution de tous les fruits, ce qui serait injuste et peut-être ruineux pour lui (2) ou ils doivent se résigner à appliquer l'article 127 bien que, nous le répétons, il ne vise pas cette hypothèse ; ils accordent donc à l'époux présent la part considérable de fruits dont il est parlé dans ce texte, et même la totalité si l'absence a duré trente ans ; or ce résultat est vraiment déraisonnable, en effet ces mêmes auteurs décident d'une part que l'époux présent ne gagne pendant la période de présomption d'absence aucune portion de fruits, tandis que plus tard, à mesure que l'existence de l'absent devient de plus en plus incertaine et par conséquent que ses droits à lui paraissent de moins en moins fondés, ils lui attribuent cependant à l'encontre des héritiers de l'absent (à qui on ne peut adresser le même reproche d'avoir laissé ce patrimoine à l'abandon, qu'à l'absent lui-même dans le cas où il reviendrait), ils lui attribuent, disons-nous, une portion de plus en plus considérable des fruits ; ce résultat, nous le répétons, choque la raison : au contraire dans notre système rien n'est plus simple : la communauté est réputée avoir subsisté jusqu'à l'envoi en possession définitif, tous les fruits ont été acquis pour le compte de la communauté (3), on comprend qu'il n'y

(1) V. Demolombe, II, n° 286.

(2) Quoique plus logique étant donné le principe de la dissolution et de la liquidation rétroactive de la communauté.

(3) *Quid* des fruits provenant de biens réclamés lors de l'envoi en posses-

ait pas de distinction suivant la durée plus ou moins longue de l'absence, le point de vue est tout différent ; il est celui-ci : le mariage subsiste toujours : la communauté est un effet du mariage, la loi permet à l'époux présent de maintenir cet effet du mariage le contrat continue donc à produire tels effets que de droit jusqu'à ce que la limite que le législateur a dû fixer au moins en ce qui touche les intérêts pécuniaires soit atteinte ; nul ne peut critiquer l'équité de cette répartition des fruits, ni les héritiers de l'absent ni l'époux présent ne peuvent se trouver lésés.

Une autre objection est tirée de ce que l'obligation imposée par la loi à l'époux présent de faire inventaire ne peut avoir d'autre utilité que si on considère cet inventaire comme devant servir de base à la liquidation de la communauté. Nous ferons plusieurs réponses à cette objection : et d'abord nous ferons remarquer que cet inventaire offrirait une utilité réelle si la liquidation était faite en se reportant effectivement à cette date, c'est-à-dire à l'époque de la déclaration d'absence ou de l'option de l'époux présent : mais tel n'est pas le système de nos adversaires ; ils font remonter la dissolution de la communauté au jour de la disparition ou des dernières nouvelles, c'est-à-dire à cinq ou onze ans en arrière, ce qui fait trente-cinq ou quarante et un ans avant l'envoi en possession définitif ! cette considération sur laquelle nous insisterons bientôt suffirait à elle

sion définitif par des tiers invoquant un droit subordonné au décès de l'absent, tel qu'un légataire, ou le nu-propriétaire d'un bien dont l'absent avait l'usufruit ? Auront-ils au moins la portion que réserve l'art. 127, l'autre portion gagnée par l'époux présent tombant dans la communauté ? l'affirmative paraît probable ; on ne saurait les traiter plus sévèrement encore que ne le fait l'art. 127. V. Demolombe, II, n° 287, *in fine*. La communauté ne peut s'enrichir du chef de l'absent aux dépens d'autrui. — Car si elle s'enrichit des acquisitions de l'époux présent c'est que celui-ci y a consenti.

seule à faire repousser un pareil système (1) : d'ailleurs on suppose qu'un inventaire a été dressé, or dans bien des cas il ne l'aura pas été, ou du moins ne l'aura été que plus tardivement encore que nous l'avons supposé, cela lorsque l'époux présent seul intéressé avec les enfants mineurs à faire déclarer l'absence n'y aura pas procédé ; enfin lorsque nous parlerons du droit appartenant aux héritiers pendant la continuation de la communauté de protéger leurs intérêts à l'encontre des dissipations de l'époux présent, on remarque dans notre système l'obligation de faire inventaire offre une utilité particulière.

La dernière objection à laquelle nous devons faire face est à la vérité la plus grave, nous espérons cependant la réfuter. Dans notre système les acquêts faits par l'époux, présent notamment les successions et donations mobilières qui lui sont échues, doivent tomber dans la communauté continuée ; or, nous oppose-t-on, c'est là un résultat inique pour le conjoint présent, puisque les articles 135 et 136 empêchent qu'il y ait aucune réciprocité ; la communauté ne peut plus s'enrichir par successions ou donations du chef de l'absent (2).

L'option qu'aurait faite le conjoint présent serait un marché de dupe ! Ici encore nous ferons plusieurs réponses ; et d'abord cette objection se concilie mal avec une autre que nous avons relevée, et qui consiste à dire qu'il serait dangereux de laisser à la discrétion de l'époux présent de renoncer à tel moment que bon lui

(1) L'inventaire dressé n'offre donc qu'une utilité toute relative, ajoutons qu'il continuera à l'offrir même dans notre système au cas où le décès de l'époux absent viendrait à être prouvé comme s'étant produit à une date antérieure à la déclaration d'absence et peut être voisine de cette époque.

(2) V. Rennes, 2 av. 1827, *Journal du Palais*, tome XXI, p. 316 ; cet arrêt repousse la prétention qu'avait élevée à de telles successions la femme présente.

semblera, et qui lui sera favorable (à la veille sans doute de recueillir une succession mobilière opulente), déterminant ainsi la date de la liquidation ; en effet si d'une part on plaint l'époux présent d'avoir fait un marché de dupe comment ensuite lui reprocher de chercher à s'y soustraire au moins pour l'avenir ? Nous trouvons au contraire dans cette faculté qui appartient à l'époux présent (ainsi que nous l'établirons plus tard) le juste remède à ce qui pourrait résulter de fâcheux pour lui de son option pour la continuation de la communauté

Mais nous répondrons au principe même de l'objection en disant que l'époux présent par cette option même qu'il a faite volontairement a consenti à cet *alea* (1) en échange des avantages qu'il espérait recueillir

(1) Il y a consenti, disons-nous, et telle est la raison péremptoire qui nous permet de repousser le système de la liquidation rétroactive. Mais cette raison n'existe pas lorsqu'il s'agit de liquider la communauté dissoute lors de la déclaration d'absence, parce que l'époux présent n'a pas voulu user du bénéfice de l'article 124 : en effet cet époux n'aurait pas pu faire prononcer plutôt la dissolution de la communauté ; elle a continué de fait malgré lui, il est juste que ses acquisitions lui demeurent propres.

Dans la coutume de Paris, d'après les art. 240 et 241 tous les acquêts mobiliers de l'époux tombaient dans la continuation de communauté ; mais aussi cet époux en se conformant aux prescriptions de la coutume, c'est-à-dire en faisant inventaire, pouvait se soustraire pour l'avenir aux suites de cette continuation de communauté. — Nous ne prétendons pas que les rédacteurs du Code civil aient voulu établir dans l'art. 124 la même continuation de communauté que celles des art. 240 et 241 de la C. P. cette institution avait en effet un fondement tout différent et une organisation tout autre : elle était considérée comme une peine infligée à l'époux survivant qui n'avait pas fait inventaire, tandis que l'option de l'art. 124, Code civ. contient un bénéfice pour l'époux présent et suppose au contraire la confection d'un inventaire : dans la Coutume de Paris elle n'avait lieu que si le prédécédé avait laissé des enfants mineurs : elle devait avoir été demandée par les représentants de ces derniers ; enfin il dépendait également d'eux comme de l'époux de la faire cesser : Dans la Coutume d'Orléans la continuation de communauté était régie par d'autres principes ; elle avait lieu avec tous héritiers majeurs ou mineurs du prédécédé : son fondement ne se trouvait pas dans une idée de peine, mais elle était

lir de la continuation de communauté d'autant plus qu'il acquiert la jouissance (surtout si c'est la femme qui est présente, cas le plus fréquent) des biens personnels de son conjoint qui ne lui appartient pas d'après le contrat de mariage. Et, en y réfléchissant un peu, c'est précisément cet *alea* qui donne de l'intérêt au droit d'option. En effet, quels sont les deux partis offerts à l'époux présent ? Dissoudre la communauté, c'est-à-dire la liquider, emporter ses biens personnels, sa part de communauté, exercer les droits de survie qui peuvent lui compéter et abandonner le surplus aux héritiers de l'absent qui en jouiront conformément à l'article 127 : ou bien continuer la communauté, c'est-à-dire conserver l'administration et la jouissance de tous les biens communs et personnels de l'absent, ou plutôt, pour employer une formule plus saisissante, prendre tout ce qu'il eût pris s'il eût opté pour la dissolution et quelque chose de plus (1) : franchement, on n'aperçoit pas comment

considérée comme une exception à l'abrogation des sociétés taisibles. [Voyez sur tous ces points Pothier *Traité de la communauté* nos 773, 780, 791, 800, 802, 908, 825, 831 et 832, 854 et 5, 863. Sur le dernier point indiqué, Pothier cite le *grand Coutumier* liv. 2, ch. 40]. En réalité c'était plutôt une nouvelle communauté succédant à la première ; les successions et donations mobilières échues à l'époux survivant n'y tombaient pas, mais remarquons la corrélation : l'établissement et la dissolution de cette communauté étaient conventionnels, non pas laissés à l'arbitrage soit de l'époux soit des héritiers ; notre conclusion après ce rapide aperçu est que l'idée d'une continuation de communauté ne pouvait pas être étrangère à l'esprit des rédacteurs du Code civil ; et quant à la composition active de cette communauté relativement aux successions et donations mobilières nous insistons sur cette corrélation que nous trouvons dans les deux Coutumes de Paris et d'Orléans : dans la première il dépend de l'époux survivant de faire cesser la communauté, mais jusque là toutes ses acquisitions susmentionnées y tombent : en réalité il y a consenti puisqu'il dépendait de lui en faisant inventaire d'éviter ce résultat. — Dans la Coutume d'Orléans il ne dépend pas de l'époux survivant seul de faire cesser la communauté, aussi ses acquisitions n'y tombent pas.

(1) Ajoutons, ce qui est important, qu'en optant pour la continuation de la communauté il n'est pas tenu de fournir caution comme dans le cas où il opérerait pour la dissolution provisoire.

l'époux présent pourrait hésiter un seul instant : la démonstration nous semble mathématique (1). — Enfin et subsidiairement nous ferons remarquer qu'il n'est pas tout à fait exact de dire qu'il n'y a aucune réciprocité, et que la communauté ne peut plus s'enrichir du chef de l'autre conjoint : en effet les biens communs peuvent augmenter de valeur sous l'influence de circonstances diverses. Supposons que deux immeubles compris dans la communauté au jour de la disposition de l'absent eussent à cette époque une valeur égale de 50.000 fr.; si la liquidation avait été faite à cette date, l'époux présent et les héritiers de l'absent auraient eu chacun un bien valant 50.000 fr.

Or, supposons que plus tard, au cours de la continuation de la communauté, l'un de ces immeubles par suite de la découverte d'un gisement de mine a acquis une valeur triple, l'époux présent en bénéficiera pour sa part, alors que peut être l'effet du partage opéré à la

(1) M. Bellot des Minières, qui admet cependant le principe de la dissolution et de la liquidation de la communauté *ut ex nunc*, manque de logique, croyons-nous, en se refusant à faire tomber dans la communauté continuée les successions et donations mobilières du chef de l'époux présent ; il se fonde aussi sur le principe de la réciprocité ; mais alors il devrait exclure les bénéfices provenant du travail et de l'industrie de l'époux présent, ce qu'il n'admet pas. — Il se rejette alors sur une application un peu extensive des articles 135 et 136 qui rendent la communauté incapable de recueillir des successions du chef de l'absent ; mais c'est là considérer la communauté en quelque sorte comme une personne morale, idée généralement repoussée ; et d'ailleurs c'est commettre au fond une pétition de principe : si l'on doit considérer la communauté comme ayant continué réellement, parce qu'elle est un effet du mariage lequel est toujours subsistant, rien ne s'oppose à ce qu'elle se soit enrichie des successions échues à l'époux présent, si au contraire on se prononce pour la dissolution rétroactive, il n'y a plus besoin de faire intervenir les articles 135 et 136. Enfin répétons encore puisque tel est le meilleur raisonnement : l'époux, présent consent à ce résultat en optant pour la continuation de la communauté et en la laissant subsister alors qu'il dépend de lui à chaque moment de la faire cesser ; et ne sait-on pas que les articles 135 et 136 n'ont d'application qu'autant que les intéressés veulent s'en prévaloir ?

date de la disparition de l'absent eût attribué cet immeuble aux héritiers de l'absent. L'article 124 a donc procuré à l'époux présent un véritable bénéfice. L'inverse aurait pu se produire, il est vrai, mais en tous cas, il y a un *alea*. — Dans d'autres hypothèses l'enrichissement de la communauté proviendra directement du patrimoine de l'absent : nous citerons la découverte d'un trésor dans un immeuble lui appartenant (1), l'augmentation des revenus produits par ses biens personnels, l'extinction d'un usufruit ou d'une rente viagère dont ils étaient grevés ; dans tous ces cas l'époux présent n'aura qu'à se féliciter d'avoir opté pour la continuation de la communauté, nous pouvons même supposer que le mari faisait partie d'une société susceptible de se dissoudre par sa mort : on admet généralement que l'absence d'un associé n'est pas suffisante pour motiver la dissolution de la société (2), mais que l'associé présent peut seulement se fonder sur l'article 1871 et invoquer l'absence de son associé comme l'équivalent d'une infirmité habituelle le rendant inhabile aux affaires de la société, mais en tous cas la dissolution et la liquidation de la société ne se feront certainement que *ut ex tunc* et non pas *ut ex nunc* ; (3) les bénéfices en provenant même depuis la déclaration d'absence tomberont dans la communauté.

Enfin les bénéfices provenant de l'industrie de l'époux présent bien souvent résulteront de la mise en valeur par cet époux de biens communs ou même de biens

(1) M. Bellot des Minières, *Traité du contrat de mariage*, II, p. 54 et sq., exclut sans distinction le trésor, parce que dit-il c'est un gain étranger à la communauté de fait ; pourquoi cette restriction au principe qu'il admet cependant de la dissolution non rétroactive de la communauté ?

(2) V. De Moly, p. 452 et 264, reproduisant *in extenso* la doctrine des *Pandectes* de Riffé-Cambray et Delaporte sur l'article 124, C. civ.

(3) V. Dalloz alfab., v. Société, p. 669.

personnels à l'absent, les quels auront fourni à l'époux présent des ressources indispensables pour les exploitations et spéculations auxquelles il voulait se livrer. — Etant donné notre système de liquidation de la communauté continuée, tous les gains ainsi réalisés tomberont dans la communauté ; il n'y aura pas lieu au règlement de compte dont nous avons parlé lorsque nous avons étudié l'option pour la dissolution provisoire de la communauté (V. page) 197. L'article 124 offrait donc à l'époux présent une alternative avantageuse en lui permettant de conserver la jouissance intacte de biens, capitaux, usines, etc., qui lui ont servi à exercer son activité et qu'il n'aurait peut être pu se procurer autrement sauf par voie d'emprunts toujours onéreux.

Au contraire dans le système que nous combattons la liquidation sera fort compliquée ; il faudra rechercher l'état de la communauté en se reportant à 35 ou 41 ans en arrière ! ce simple énoncé en montre toute la difficulté ; dans les acquisitions réalisées par l'époux présent il faudra démêler ce qui est afférent à l'industrie de cet époux, et qui doit lui demeurer propre, de ce qui concerne les biens communs, ou les biens personnels de l'absent : quant aux fruits proprements dits, nous avons vu dans quel embarras le règlement de leur restitution jetait nos adversaires.

Au point de vue de la liquidation du passif de la communauté, les complications seront plus grandes encore : il faudra rechercher quelles étaient les dettes dont la communauté était grevée lors de la disparition de l'absent. *Quid* des dettes contractées par l'époux présent durant la continuation de la communauté ? Occupons-nous des dettes qui d'après les règles de la loi grèvent la communauté.

Durant la continuation de la communauté, à moins

d'enlever toute espèce de signification à l'article 124, il faut admettre que les créanciers auront action contre la communauté en y comprenant tout ce qui doit en faire partie d'après les règles du contrat de mariage, et par conséquent les acquisitions réalisées par l'époux présent depuis la disparition de son conjoint. Que se passera-t-il lors de la liquidation de la communauté continuée? — Dans notre système qui repousse toute rétroactivité rien n'est plus simple: la liquidation du passif s'opère comme de droit commun⁽¹⁾ (obligation aux dettes d'une part, contribution aux dettes de l'autre, système des récompenses). *Quid* dans l'autre système? faut-il prendre au pied de la lettre sa formule savoir: que la communauté doit être réputée dissoute du jour de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent? S'il en est ainsi, les créanciers n'auront plus action que contre l'époux présent avec qui ils ont contracté, sauf la récompense à laquelle celui-ci pourra avoir droit à l'encontre des héritiers de son conjoint; mais le gage des créanciers n'est-il pas diminué à leur détriment? Faut-il au contraire malgré le principe de la rétroactivité leur conserver leur droit d'action pour moitié contre les héritiers de l'absent tenus comme communs? Les auteurs ne s'expliquent pas. Même en admettant cette solution ⁽²⁾, il est facile de voir que les droits légitimes des créanciers ne sont pas pleinement à couvert. En effet, il suffit de supposer qu'il s'agit de créanciers n'ayant action que contre la communauté non contre l'époux présent. Tel est le cas où la femme présente a

(1) Le mari a pu continuer à grever la communauté de toutes dettes par lui contractées; il n'y a rien là d'injuste puisque par réciprocité toutes ses acquisitions y sont tombées.

(2) Que l'on pourrait motiver en disant que s'il n'y a pas eu une véritable communauté, il y a eu tout au moins une masse de biens qui a pu être grevée par la personne chargée de l'administrer.

contracté en vertu du mandat tacite ou exprès de son mari, par exemple pour les besoins du ménage et pour l'entretien de la famille (1); le créancier n'a action que sur les biens communs et sur les biens du mari; la femme n'est pas obligée personnellement. Mais le créancier n'est-il pas naturellement porté à considérer comme communs tous les biens qui paraissent avoir cette qualité d'après leur nature et leur mode d'acquisition? cependant lors de la liquidation de la communauté, liquidation qui est reportée à trente-cinq ou quarante et un ans en arrière, la femme aura le droit de renoncer à la communauté (art. 124, 2^e alinéa), et de reprendre à titre de biens propres des biens acquis par elle dans l'intervalle, et qui jusqu'alors étaient réputés biens communs. Les intérêts des créanciers sont ici manifestement lésés (2).

Il n'est pas même besoin de supposer la renonciation de la femme à la communauté, le résultat sera le même si elle use du bénéfice d'émolument de l'article 1483; la femme n'est alors tenue des dettes de communauté que dans la mesure de ce qu'elle a amendé de la communauté: ici encore ces acquisitions postérieures à la disparition du mari seront soustraites à titre de biens propres du gage des créanciers.

Dira-t-on que la publicité ordonnée par la loi relativement au jugement de déclaration d'absence a été suffisante pour les avertir de la situation particulière dans laquelle se trouvait la femme; mais cette publi-

(1) V. Aubry et Rau, V, p. 340; les mêmes règles s'appliquent encore au cas où les époux ne font pas ménage commun, et telle est précisée notre hypothèse. N'en sera-t-il pas de même relativement aux dettes contractées par la femme à l'occasion des biens communs et des biens propres du mari qu'elle administre?

(2) Il en sera de même toutes les fois que la femme ne sera pas personnellement obligée, mais seulement susceptible d'être tenue comme commune, par conséquent relativement aux dettes qui ont grevé la communauté du chef du mari avant son départ.

cité de l'article 118, Code civil, n'a pas du tout le même but que celle des articles 1445, Code civil. et 866 et sq. Code de procédure civile, relativement à la demande en séparation de biens et au jugement qui la prononce : dans ce dernier cas la publicité a pour objet d'avertir tous ceux qui voudraient contracter soit avec le mari, soit avec la femme ; dans le premier cas la publicité qui est mise en œuvre tend à avertir l'absent, dans les contrées lointaines où il peut se trouver, qu'il passe pour mort dans son pays et qu'il ait en conséquence à donner de ses nouvelles ; d'autre part cette publicité telle quelle ne peut avoir l'effet rétroactif au jour de la disparition, il y a là quelque chose de contradictoire. — On nous objectera sans doute que le créancier devait consulter l'inventaire dressé lors de l'option de l'époux commun, et que n'y voyant pas figurer le bien échu depuis à l'époux présent par succession ou donation, il n'a pas dû compter sur ce gage : cela ne peut se comprendre que pour les meubles corps certains, lesquels en effet ont dû être spécifiés dans l'inventaire, mais pour les valeurs au porteur et l'argent comptant l'inventaire n'est pour ainsi dire d'aucun secours : construisons une espèce : l'inventaire dressé lors de la déclaration d'absence constatait que la communauté avait un actif de 100.000 francs en numéraire ou valeurs au porteur : plus tard la moitié de ces valeurs est anéantie par un bouleversement financier (un krach), mais l'époux présent a reçu une donation mobilière ou recueilli une succession également mobilière équivalente à cette perte ; les tiers ignoreront le plus souvent ces détails, ils croient pouvoir compter sur un actif de 100.000 francs, lorsque l'époux présent vient exercer une reprise de 50.000 fr. qui diminue ainsi leur gage de moitié. — Quant aux immeubles, rien n'est plus simple encore, il suffit de

supposer un contrat de mariage stipulant la communauté universelle de tous biens présents et à venir ; nous avons vu que la loi ne prescrivait pas, du moins impérativement, qu'il fût fait lors de l'option de l'époux un état des immeubles.

Nous terminerons cette longue discussion en faisant valoir les deux considérations suivantes : En premier lieu nous avons vu que tous les auteurs reconnaissent au mari pendant la continuation de la communauté la plénitude des pouvoirs que lui conférait la loi ou son contrat de mariage. Or c'est là un résultat que nos adversaires sont fort embarrassés pour expliquer lors de la dissolution de cette communauté, qu'ils reportent rétroactivement en arrière au jour de la disparition de la femme ; si bien qu'un auteur des plus graves, Proudhon, s'est cru obligé d'admettre la révocation du pouvoir légal qu'avait le mari d'aliéner ou d'hypothéquer les immeubles de la communauté. M. Valette (1) lui oppose l'article 2009 qui protège les tiers ayant contracté dans l'ignorance de la révocation du mandat, c'est-à-dire de la déclaration d'absence de la femme.

Cette théorie du mandat nous paraît insuffisante à deux points de vue :

1° M. Valette semble ne protéger que les tiers qui ont ignoré la déclaration d'absence ; or nous croyons que tous actes du mari doivent être maintenus alors même que les tiers auraient connu la situation, qui était dans l'espèce la continuation de la communauté ; décider autrement ce serait enlever tout crédit au mari. D'ailleurs pourquoi parle-t-on de la déclaration d'absence ? la rétroactivité remonte bien plus haut, puisqu'on répute la communauté dissoute du jour de la disparition de la femme.

(1) Valette sur Proudhon, *De l'état des personnes*, p. 318 et 9.

2° Avec M. Laurent (1) nous ajouterons que la théorie du mandat est dominée par l'article 1988 du Code civil, aux termes duquel le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration, non les actes de disposition. M. Laurent en conclut qu'il faut considérer le mari comme ayant été jusqu'à l'envoi en possession définitif chef de la communauté : « Peu importe, dit-il, que la communauté soit dissoute, il faut néanmoins supposer qu'elle existe sinon l'aliénation serait nulle. Eh bien la fiction doit être admise avec toutes ses conséquences, si le mari est censé avoir aliéné son bien commun, le prix de cet immeuble doit tomber dans la communauté. » Nous ne repoussons pas la conclusion, mais il n'est pas besoin d'insister pour montrer qu'elle se justifie beaucoup mieux dans notre système que dans celui de nos adversaires.

Enfin nous croyons pouvoir dire que la dispense de caution se comprend aussi plus facilement dans notre système : en effet la communauté est réputée avoir continué ; l'époux présent a joui des biens de l'absent à titre d'époux ; le droit commun ne lui imposait pas de garantie de restitution ; au contraire, dans le système de la dissolution rétroactive de la communauté à quel titre a-t-on privé les héritiers de cette garantie ? L'époux n'est-il pas en réalité un envoyé en possession provisoire ?

Nous avons énuméré d'autres causes mettant fin à la continuation de la communauté, ces causes sont :

2° *Le décès de l'époux présent.* — La communauté continuée prend fin, mais sans effet rétroactif, du moins d'après l'opinion que nous avons exposée précédemment : il y a lieu à une liquidation provisoire entre les héritiers

(1) Tome II, p. 265 et 6.

de chacun des deux époux, car si la date du décès de l'absent survenu antérieurement à la mort de l'époux présent était plus tard connue, il faudrait recommencer la liquidation en se reportant à cette date. Supposons que l'époux présent survive et que l'on apprend :

3° *La nouvelle du décès de l'absent à une certaine date.* — La communauté a été effectivement dissoute à ce jour ; la liquidation se fera comme de droit commun. L'époux présent conservera en propre ses acquisitions réalisées depuis cette date ; quant aux actes de dispositions que le mari aura pu faire depuis cette même date, nous pensons que les tiers seront pleinement à couvert ; mais les héritiers de la femme (ceux qui ont réellement cette qualité en se reportant au jour du décès de leur auteur), seront admis à prouver la consistance de la communauté au jour de la dissolution effective et à critiquer les actes ultérieurement passés par le mari.

Reste la question des fruits. L'époux présent aura gagné seul évidemment les fruits de ses biens personnels depuis cette époque ; ceux produits par les biens communs auront grossi la masse à partager. Faute de mieux nous appliquerons l'article 127 aux fruits provenant des biens personnels de l'absent décédé, dont l'époux présent a eu la jouissance, et à qui on ne peut imposer une restitution intégrale qui serait onéreuse et injuste. Enfin si l'époux présent a réalisé des bénéfices en exploitant les biens communs ou les biens personnels de l'absent décédé il y aura lieu à un règlement de compte semblable à celui que nous avons indiqué dans l'hypothèse de l'option pour la dissolution de la communauté.

Deux points soulèvent plus de difficulté ;

4° *L'époux présent peut-il par sa volonté faire cesser la continuation de communauté ?*

Nous avons toujours supposé jusqu'ici l'affirmative, nous devons maintenant l'établir. D'ailleurs cette décision est très généralement acceptée.

L'article 124, 2^e alinéa est ainsi conçu : *La femme en optant pour la continuation de la communauté, conservera le droit d'y renoncer ensuite.*

De quelle renonciation est-il parlé dans ce texte ? En effet, deux espèces de renonciations peuvent se concevoir :

1° *Renonciation de la femme à la communauté continuée* jusqu'à tel ou tel événement devant y mettre fin d'après le droit commun ;

2° *Renonciation de l'époux présent à la continuation de communauté*, c'est-à-dire droit d'opter une deuxième fois pour la dissolution de la communauté, sauf pour la femme à répudier ou à accepter ensuite la communauté que l'on va liquider.

Nous allons prouver que ces deux sortes de renonciation sont admises en notre matière ; la seconde étant commune au mari et à la femme.

Dans les travaux préparatoires, la discussion semble n'avoir porté que sur la première espèce de renonciation, et ce droit spécial à la femme fut vivement attaqué par M. Regnier objectant qu'il était à craindre que la femme ne repoussât la communauté qu'après l'avoir dilapidée ; la nécessité où elle a été de faire inventaire étant une garantie insuffisante, puisqu'elle n'empêchera ni la soustraction ni la perte des meubles qui constitueront toute la fortune d'un négociant absent. Nous répondrons à ces craintes en disant que nous reconnaissons parfaitement aux héritiers le droit de requérir du tribunal toutes mesures nécessaires pour empêcher la dilapida-

tion de l'époux présent; c'est un point que nous aurons prochainement à examiner.

Une autre objection se comprendrait mieux, elle se tirerait de ce que le fondement du droit consacré par l'article 1493 du Code ne se rencontre pas ici, puisque c'est la femme qui administre elle-même la communauté; il ne peut plus être question de la position subordonnée de celle-ci vis-à-vis du mari..., etc., aussi M. de Malleville proposait-il (1) tout au moins la fixation d'un terme après lequel la femme ne peut plus renoncer à la communauté; le conseiller Régnier répondit que la femme ne connaît pas ordinairement les charges de la communauté, lesquelles ne se découvrent que successivement; il serait injuste de lui assigner un délai fatal d'ailleurs ajouta Thibaudeau, ce délai fatal existe, c'est le moment de l'envoi définitif auquel (art. 16 du projet) sont réglés les intérêts en conflit de la femme et des héritiers présomptifs de l'absent (2).

C'est ainsi que fut adoptée la rédaction du 2^e alinéa de l'article 124, alors que l'article 12 *in fine* du projet portait : que la faculté accordée par cet article ne nuit pas au droit qu'a la femme de renoncer à la communauté et *d'en demander la dissolution même après qu'elle aurait opté pour sa continuation* (3).

(1) M. de Malleville s'élevait aussi avec force contre le droit auquel aurait prétendu la femme *d'abandonner* et de *repandre* intempestivement la communauté. Mais il n'a jamais été question de permettre à la femme d'opter pour la continuation de la communauté après avoir d'abord opté pour sa dissolution.

(2) Cf. Exposé des motifs de Bigot de Préameneu : Il est possible que des affaires entreprises avant le départ du mari, réussissent mal; il ajoute, que les droits de la femme sur les biens de la communauté ne sont pas aussi étendus que ceux du mari qui peut, les hypothéquer et les aliéner.

(3) On a proposé une explication ingénieuse de l'art. 124, 2^e alinéa. La femme en optant pour la continuation de la communauté conservera le

Ce n'est pas à dire que les rédacteurs du Code civil aient entendu proscrire la seconde faculté ; celle-ci ne fut pas contestée, elle va de soi ; en effet il est de principe que chacun a le droit de renoncer au bénéfice institué en sa faveur : il ne s'est pas établi de communauté taisible entre l'époux présent et les héritiers de l'absent, analogue à ce qui se passait sous l'empire de la coutume d'Orléans.

Ce droit pour l'époux présent de provoquer la dissolution de la communauté est un palliatif puissant à la prétendue iniquité que l'on reproche à notre système d'après lequel la communauté continuée s'enrichit de toutes les acquisitions de l'époux présent. L'acte d'option soit pour la continuation de la communauté, soit plus tard pour la continuation de cette même communauté sont deux actes unilatéraux se manifestant par une signification aux héritiers présomptifs, qui ne peuvent ni dans un cas ni dans l'autre opposer un droit acquis à la volonté de l'époux présent.

5° Mais si les héritiers présomptifs n'ont pas le droit de forcer l'époux présent à laisser subsister la communauté peuvent-ils à l'inverse en demander la dissolution dans le cas où l'époux présent commettrait des malversations dans la gestion des biens communs et surtout des biens personnels de l'absent.

M. Demolombe (1) pose en principe que quiconque ne remplit pas les conditions sous lesquelles un droit lui est concédé peut en général être déchu de ce droit (c'est la base de l'art. 1184 Code civil) : et l'époux présent doit évi-

droit d'y renoncer ensuite ; le droit de renoncer à quoi a-t-on dit ? à la continuation de la communauté : le *pronom* y est *relatif* à cette continuation dont il est parlé au commencement de la phrase. Peut-être les rédacteurs du Code ont-ils voulu comprendre en une même formule les deux espèces de renonciation ; mais il vaut mieux croire qu'ils n'ont pensé qu'à la première, ainsi qu'il ressort de la discussion.

(1) *De l'absence*, n° 292.

demment administrer de bonne foi, et ne pas mettre en péril par sa faute les intérêts de ceux qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent; donc l'époux présent, le mari ou la femme, peut être déchu de ses droits s'il viole ces conditions. Nous approuvons ce raisonnement du moins en principe, mais avec MM Rodière et Pont (1) nous disons (ainsi que le reconnaît d'ailleurs M. Demolombe) qu'il ne saurait être question ici d'une véritable séparation de biens, telle qu'elle est réglementée par les articles 1443 et suivants du Code civil. Les juges apprécieront la situation, et useront de tous les moyens qui sont en leur pouvoir pour garantir les droits de tous, c'est-à-dire pour permettre à l'époux présent de continuer à retirer de son contrat de mariage tous les avantages légitimes, tout en l'empêchant de compromettre les droits de l'absent ou de ses représentants (2); ils ne recourront à la déchéance que comme une ressource dernière et à défaut de toute autre. De ce qu'il ne s'agit pas ici d'une véritable séparation de biens, nous en déduirons les conséquences suivantes :

1° Les mesures en question pourront être prises soit contre le mari présent, soit contre la femme.

2° Il faudra alléguer non pas seulement le mauvais état des affaires gérées par l'époux présent, mais encore qu'il y a eu dol et mauvaise foi de sa part (diff. avec l'art. 1443, Code civil).

(1) 2^e édit. tome II du *Contrat de mariage*, p. 300 et 301.

(2) Par exemple le tribunal pourra nommer un curateur qui administrera les biens communs et les biens personnels de l'absent et remettra les fruits et revenus à l'époux présent.

APPENDICE

COMBINAISON DES RÈGLES DE L'ABSENCE AVEC LES RÈGLES
DE LA CONTUMACE

Avant l'abolition de la mort civile par la loi du 3 mai 1854 une question fort délicate se posait dans l'hypothèse suivante (1) : l'un des conjoints a été condamné par contumace à une peine emportant la mort civile ; cinq années s'écoulent sans que l'on ait de ses nouvelles ; fallait-il réputer la mort civile encourue lorsque le laps de temps s'était écoulé depuis l'exécution du jugement par effigie (art. 27, Code civil) ou fallait-il appliquer les règles sur l'absence ? M. Demolombe (2) pense qu'il valait mieux considérer la mort civile comme encourue afin d'éviter les complications de la liquidation de la fortune d'un absent ; cette observation est surtout vraie en présence de l'article 124 du Code civil et des difficultés que nous venons d'examiner. — La liquidation du régime matrimonial se ferait donc en se plaçant au jour où la mort civile a été encourue.

Nous n'insisterons pas sur cette question qui n'offre

(1) V. De Moly, n° 785 et sq, qui qualifie cette situation d'*absence civile*.

(2) *Traité de la publication des lois*, I, n° 234.

qu'un intérêt historique, nous ferons cependant observer que la solution proposée, fort simple sans doute, présentait cet inconvénient que la communauté n'avait pu pendant plusieurs années s'enrichir du chef de l'époux contumax puisque son existence était incertaine (art. 135 et 136, Code civil) alors que l'époux présent aurait continué à y faire tomber ses acquisitions. La situation eût donc été inégale. — Mais si, pour l'honneur de notre législation, la mort civile a été abolie par la loi du 31 mai 1854, il est encore intéressant de combiner les règles de la contumace avec celles de l'absence : c'est ce que nous allons faire rapidement :

Les articles 465 et 6, Code d'instruction criminelle, disposent que l'administration des domaines est autorisée à placer les biens du contumace sous le séquestre ; ce séquestre se prolonge jusqu'à l'expiration des vingt années qui lui sont données pour purger sa contumace. A ce moment le compte du séquestre est remis à qui de droit (art. 471). La régie des domaines n'a plus le droit de retenir aucune portion des fruits (1) si ce n'est pour ses frais et dépenses légitimes que la loi de finances du 5 mai 1855, article 16, a fixé au taux uniforme de 5 0/0. — De l'avis de tous, ces dispositions dérogent à la théorie du Code civil sur l'absence. « Cette dérogation se justifie, disent MM. Aubry et Rau (2), par cette considération que si les héritiers présomptifs (ajoutons et le conjoint) du condamné avaient pu aux termes du droit commun et dans les délais ordinaires se faire envoyer en posses-

(1) D'après la loi des 16-29 sept. 1791, 2^e part. tit. IV, art. 13 le produit des biens était versé dans les caisses du district. — L'art. 475 du Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV déclarait qu'ils seraient versés dans les caisses nationales et appartiendraient irrévocablement à la République.

(2) Tome I. p. 346.

sion provisoire de ses biens, il eût été à craindre qu'il ne se concertassent avec ce dernier pour simuler une absence, bien que son existence fût parfaitement certaine, et pour lui faire parvenir des secours à l'aide desquels il se serait perpétué dans un état de rébellion ». Bien que la question depuis la mise en vigueur du Code d'instruction criminelle (1) ne puisse plus être douteuse, surtout en présence de l'article 471 de ce Code, nous ne pouvons passer entièrement sous silence la difficulté d'interprétation qu'a soulevée l'article 28 du Code civil (2^e alinéa) disposant que les biens des condamnés par contumace seraient administrés de même que ceux des absents. Or l'article 464 du Code pénal du 3 brumaire an IV encore en vigueur à cette époque prescrivait le séquestre de ses biens ; pour trancher cette antinomie un avis du Conseil d'État des 19 août, 28 septembre 1809 (2), postérieur à la promulgation du Code instruction criminelle (1808) mais antérieur à sa mise en vigueur, décida que le Code pénal demeurerait applicable aux contumaces condamnés avant la publication du Code civil, mais que l'article 28 du Code civil et les règles de l'absence régiraient ceux condamnés après cette publication sauf à l'administration des domaines à établir le séquestre jusqu'au jour où l'envoi en possession pourrait être obtenu par les héritiers. — Actuellement on est bien d'accord pour écarter l'envoi en possession provisoire des héritiers du contumace. L'article 471, Code d'instruction criminelle, dit en effet que les biens du contumax seront à partir de l'exécution de l'arrêt considérés et régis comme biens d'absent, mais il ajoute que le compte du séquestre sera rendu à qui il

(1) C'est-à-dire depuis 1811 époque de l'installation des Cours d'appel, V. Legraverend, *Législat. crim.* II, p. 528.

(2) Sirey, 10, 2, 9.

appartiendra après que la condamnation sera devenue irrévocable par l'expiration du délai donné pour purger la contumace; le séquestre est donc bien maintenu et les premiers mots du texte signifient seulement que l'administration des domaines aura les mêmes pouvoirs que ceux conférés aux héritiers de l'absent lorsqu'ils ont été envoyés en possession. — Est-ce à dire que ceux-ci n'auront aucun intérêt à faire *déclarer l'absence*, s'il y a lieu, dans les délais fixés? non sans doute, car nous pensons que c'est à partir du jour de la déclaration d'absence que doivent se compter les trente années après lesquelles l'envoi en possession provisoire se transforme en envoi définitif, et non pas à compter du jour de l'envoi en possession provisoire, qui dans l'espèce n'a lieu que vingt ans peut être après les dernières nouvelles : décider autrement serait accorder plus de protection aux absents, qui ont été l'objet d'une condamnation criminelle, qu'aux autres, ce qui serait injustifiable.

Quelle est la situation du conjoint au milieu de ces conjonctures? puisque les règles ci-dessus décrites dérogent au droit commun de l'absence, l'article 124 ne recevra pas son application, l'époux présent commun en biens ne pourra empêcher la mise sous séquestre des biens de son conjoint; mais certainement le séquestre ne s'appliquera pas aux biens de la femme dont le mari avait l'administration et la jouissance ou tout au moins celle-ci aurait le droit de demander la séparation de biens (4) : Elle obtiendrait en même temps sa part de communauté :

Si la femme du contumax ne demande pas la séparation de biens, la communauté continue et les fruits perçus par l'administration des domaines la grossissent. En tous cas l'article 475, Code d'instruction criminelle,

(4) V. Rodière et Pont *du contrat de mariage* III n° 2104 et 5 et I, n° 465.

porte que durant le séquestre il peut être accordé des secours à la femme, aux enfants, au père ou à la mère de l'accusé s'ils sont dans le besoin (1). Malgré cette rédaction un peu restrictive nous pensons que l'action alimentaire pourrait être portée devant les tribunaux par le conjoint (2).

Quant au mari de la femme condamnée on peut admettre qu'il perçoit directement les fruits des biens de sa femme qui sont seulement administrés par la Régie (3). A l'expiration du délai fixé par la loi pour purger la contumace, l'époux présent peut exercer le droit d'option de l'article 124 ; il semble que la femme qui aurait demandé tout d'abord la séparation de biens contre son mari contumax ne pourrait plus ultérieurement rétablir la communauté en optant pour sa continuation. — Enfin mentionnons l'article 221 du Code civil aux termes duquel le contumax est déchu de son autorité maritale, la femme devra pour ester en jugement ou pour contracter se faire autoriser par le juge, qui peut en ce cas donner l'autorisation sans que le mari ait été entendu ou appelé ; la procédure sera même plus simple que celle qui a lieu au cas de présomption d'absence, où le juge commis devra rechercher si effectivement le mari est absent ou s'il est seulement non présent ; elle se rapproche du cas de déclaration d'absence, la femme, dans les deux hypothèses présente l'expédition d'une décision judiciaire soit de l'arrêt de la Cour d'assises, soit du jugement du tribunal déclarant l'absence.

(1) La Loi de 1791 et le Code pénal de brumaire an IV contenaient des dispositions semblables sauf que le règlement de ces secours fut d'abord laissé au tribunal civil, puis attribué au Corps législatif.

(2) V. Aubry et Rau I, p. 346, note 15, CF. V. p. 393 ou ces mêmes auteurs semblent moins affirmatifs.

(3) V. Lyon, 20 avr. 1831, D. 32, 1, 38.

CHAPITRE IV

DROITS DE SUCCESSION DÉRIVANT DU MARIAGE

L'article 140, Code civil, dispose que si l'époux absent n'a pas laissé de parents habiles à lui succéder, l'autre époux pourra demander l'envoi en possession provisoire des biens. Il faut combiner ce texte avec l'article 767 qui subordonne en outre la vocation successorale du conjoint à la condition que le prédécédé (ici l'absent) ne laisse pas non plus d'enfants naturels (disons plutôt ne laisse aucun parent naturel). Il n'y a pas eu omission dans l'article 140, mais lors de la discussion de notre titre les rédacteurs du Code civil n'étaient pas encore bien fixés sur les droits de succession qu'ils reconnaissaient à la famille naturelle (1).

L'époux commun en biens qui est en même temps héritier présomptif de son conjoint peut-il avoir néanmoins intérêt à opter pour la continuation de la communauté? Des considérations peuvent être présentées en sens divers.

Plaçons-nous dans l'hypothèse où il y a des intéres-

(1) Nous avons déjà sur l'art. 124, Code civil critiqué l'insuffisance des droits de succession que le Code civil a reconnu à l'époux survivant, nous y reviendrons plus loin.

sés faisant déclarer l'absence et se posant en contradicteurs des droits de l'absent ; ces intéressés peuvent être des légataires, un successeur anormal, (art. 351, 352, 747, 866), un propriétaire d'un bien dont l'absent avait l'usufruit, etc. En optant pour la continuation de la communauté l'époux présent mettra obstacle à l'exercice au moins provisoire de ces droits et conservera l'administration à la jouissance de tous les biens sans avoir à fournir de caution (du moins dans notre opinion) ; tandis que exerçant ses droits d'héritier l'époux présent perdra la jouissance temporaire d'une partie des biens et devra fournir caution (1) ; à ces points de vue il aura donc intérêt à opter pour la continuation de la communauté. Mais d'un autre côté s'il a exercé tout d'abord ses droits d'héritier il prescrira par trente années contre l'action en pétition d'hérédité des parents inconnus ou inactifs que peut avoir l'absent. (V. M. M. Aubry et Rau, I, p. 603.) — Il en serait différemment s'il avait d'abord opté pour la continuation de la communauté, car alors il ne pourrait opposer au parent de l'absent, qui lors de l'envoi en possession définitif viendrait réclamer les biens, que sa possession d'époux commun, non une possession à titre d'héritier, ou plu-

(1) Cette caution, l'époux présent doit la fournir, soit d'après l'art. 771, soit d'après l'article 123, C. civ. : mais ce dernier texte est évidemment seul applicable ; la caution garantira donc la restitution de tous les biens mêmes immobiliers, et demeurera obligée jusqu'à l'époque de l'envoi en possession définitif.

Lorsque trente ans se seront écoulés depuis la déclaration d'absence, l'époux présent qui avait joui des biens jusque-là en qualité de commun pourra certainement exercer ses droits d'héritier, mais devra-t-il alors fournir caution non plus en vertu de l'art. 123, mais en vertu de l'article 771 ? cette décision paraîtrait bien contraire à l'esprit de la loi qui a voulu seulement protéger les parents du conjoint qui se feraient connaître dans le délai de trois ans à partir du décès. Or dans notre hypothèse 35 ou 41 ans se sont écoulés depuis l'époque à laquelle on fait remonter le décès de l'époux absent, il n'est pas probable qu'ils aient gardé le silence aussi longtemps.

tôt de successeur irrégulier, laquelle ne peut commencer qu'après l'accomplissement des formalités prescrites par les articles 769 et suivants du Code civil (1).

L'époux présent peut exercer non seulement le droit de succession des articles 140 et 767, Code civil, mais encore les droits de succession particuliers qui lui appartiennent dans certaines hypothèses :

1° En matière de propriété littéraire : loi du 14 juillet 1866, article 1 : seulement il faut remarquer que la durée de cinquante années que la loi assigne à cette sorte de propriété devront se calculer du jour de la disparition ou des dernières nouvelles de l'auteur, compositeur, ou artiste ; exemple : un compositeur a disparu le 1^{er} juin 1841 sans laisser de procuration ; en 1846 sa femme a fait déclarer son absence et a opté pour la continuation de la communauté ; en 1876 a eu lieu l'envoi en possession définitif : à cette époque la femme a exercé ses droits de succession ; mais ils ne dureront plus que quinze ans.

2° La femme du déporté dans une colonie qui a suivi son mari jouit également d'après la loi du 25 mars 1873, article 13, d'un certain droit de succession relativement à la concession de terre devenue définitive obtenue par son mari, ainsi que sur les autres biens que le déporté a pu acquérir dans la colonie. — Nous pouvons supposer que le déporté a disparu, ce qui dans les circonstances données vise surtout le cas d'évasion : mais on ignore si le condamné n'a pas trouvé la mort

(1) Nous n'avons pas à discuter les questions délicates que soulève la demande de l'époux survivant se présentant comme successeur irrégulier, lorsqu'il y a des parents de son conjoint gardant le silence : à notre avis pourvu que les formalités de publicité prescrites aient été remplies la demande de l'époux n'est pas irrecevable. — V. Aubry et Rau IV, p. 701 et note 41. cf. trib. Seine, 13 mars 1845 ; D. 45, 4^e, col. 1., ce jugement a décidé qu'en cas d'inaction des héritiers les plus proches, le droit de demander l'envoi en possession provisoire des biens d'un absent appartient aux héritiers présomptifs du degré subséquent.

depuis. L'article 12 de la loi précitée s'occupe bien du cas d'évasion mais sans supposer qu'il s'y ajoute l'incertitude sur l'existence du condamné ; il dispose que le déporté est déchu de tout droit sur la concession mais que la femme et les enfants en conserveront la jouissance tant qu'ils resteront dans la colonie aux conditions et dans les proportions qui seront réglées par un arrêté du gouverneur ; ils pourront aussi devenir propriétaires définitifs en vertu d'une décision rendue par le gouverneur en son conseil. Nous ne voyons pas en quoi la circonstance de l'absence du condamné, au sens technique du mot, viendrait modifier ces dispositions ; car il ne s'agit pas ici d'un droit de succession, mais d'une nouvelle concession faite à la femme par le gouverneur de la colonie.

Nous terminerons cette section par deux observations : la première se rattache très directement à notre sujet, elle a trait à la pension à laquelle peut avoir droit la femme d'un marin disparu :

En ce qui concerne les femmes de marins, M. de Courcy (1) nous fournit un renseignement très précis en citant une instruction générale sur la comptabilité de l'établissement des invalides de la marine en date du 19 décembre 1859 : D'après l'article 22 de ce document le décès d'un marin est établi administrativement soit par un procès-verbal de disparition en mer, soit par un certificat constatant que le navire est réputé avoir péri corps et biens, soit par tout acte qui fait présumer le décès : la pension de la veuve est ainsi liquidée sur une *preuve administrative du décès* de son mari. Il est inutile d'ajouter que cette preuve n'aurait en droit civil que la valeur d'une simple présomption de l'homme

(1) *Questions de droit maritime*, 2^e série, p. 244.

si cette femme voulait obtenir une preuve légale du décès afin de se remarier.

La seconde observation annoncée est relative aux *assurances sur la vie*. Sans doute la question du paiement de la prime d'assurance n'est pas spéciale aux effets de l'absence par rapport au mariage, néanmoins nous en dirons quelques mots parce que l'hypothèse où un conjoint fait un contrat d'assurance sur la vie au profit de son conjoint est très fréquente. Avant tout il faut remarquer que les polices d'assurance ont bien soin de préciser que le contrat sera résolu dans le cas où l'assuré s'exposerait à des dangers particuliers, comme le cas de guerre ou de voyage en mer, de rigueur du climat, etc. Mais le contrat peut être fait précisément en vue des dangers auxquels va être exposé l'assuré ; c'est dans cette hypothèse que nous nous placerons. En principe le paiement de la prime par la compagnie suppose un certificat de médecin constatant et la mort et le genre de mort (1). — *Quid* en cas de déclaration d'absence ? La question est fort controversée (2) ; les uns permettent au bénéficiaire, que nous supposons être le conjoint, de réclamer lors de la déclaration d'absence le paiement de la prime sauf à fournir caution de la restitution éventuelle dont il pourrait être tenu (3). D'autres (4) enseignent que le paiement de la prime n'en peut être exigé que lors de l'envoi en possession définitif.

(1) *Questions maritimes* de M. de Courcy, administrateur de la compagnie d'assurances générales., 2^e série 1879, p. 201 à 264.

(2) Dalloz alph., v. assurances terrestres, n° 337.

(3) Pardessus, *D. commerc.* II, n. 600.

(4) M. Couteau, *Traité des assurances sur la vie*. II, n° 416, se décide par analogie du cas où la police d'assurances est perdue ; il ajoute que tel est le droit commun ; les obligations de l'assureur se prescrivent par trente ans ; nous ferons ici une objection : c'est que les trente ans après lesquels a lieu l'envoi en possession définitif courent de la déclaration d'absence non du jour de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent ; ce qui augmente le délai de 5 ou de 11 ans.

Il paraît que la jurisprudence anglaise s'en remet aux présomptions qui lui permettent d'admettre ou non le décès comme prouvé (1).

(1) V. Montluc, *Des assurances sur la vie*, p. 212 et 213. Signalons enfin l'art. 11 de la *loi écossaise* du 22 août 1881 (*Ann. de leg. étr.* 1881. p. 75 qui, consacrant les délais admis en matière d'absence par la jurisprudence anglaise, déclare expressément que cette fixation des délais (7, 13, 14, 20 ans) n'est pas opposable aux compagnies d'assurances, mais qu'il faut toujours prouver le décès. Dans notre droit cette question se rattache à la théorie de la preuve du décès des individus disparus. V. I. Part. Ch. M I de Courcy, *op. et loc. cit.*, rapporte précisément une espèce de ce genre, arrêt de la Cour de Paris. aff. Montagut : les intéressés demandaient une constatation judiciaire du décès de M. Montagut afin d'obtenir ensuite le paiement d'une prime d'assurance : (il s'agissait d'un passager de la *Ville du Havre*, ce paquebot dont le désastre fit tant de bruit en 1873; rejetée par le tribunal de la Seine la preuve du décès fut admise par la Cour de Paris, le 11 août 1874.

CHAPITRE V

CONCLUSION ET LÉGISLATION COMPARÉE

Que ressort-il de l'étude que nous venons de faire des effets de l'absence relativement aux conventions matrimoniales ? La réponse est facile à donner : c'est une réglementation fort compliquée et insuffisamment protectrice des droits de l'époux présent. On pourrait souhaiter une réforme législative dans deux sens tout opposés : ou bien une extension du bénéfice de l'article 124 à tous les régimes matrimoniaux, c'est-à-dire le droit pour l'époux présent d'obtenir à l'encontre des héritiers de son conjoint l'administration et la jouissance de tous les biens de celui-ci — ou au contraire la suppression de l'article 124, mais alors une juste augmentation des droits de succession de l'époux survivant. — En présence des difficultés de toute nature que soulève l'article 124 nous n'hésitons pas à nous prononcer en faveur de ce second système. Un premier pas a été fait dans cette voie, puisqu'il est permis d'espérer dans un avenir prochain la ratification par les Chambres du projet de loi de M. Delsol, lequel reconnaît au conjoint survivant un droit d'usufruit portant sur une quotité variable des biens, mais à l'encontre de tous héri-

tiers, même des descendants du *de cujus*.— Dans le système que nous proposons il ne serait plus besoin de créer à l'époux présent une situation particulière : il serait traité comme tous les héritiers de l'absent et comme tous ceux qui ont des droits subordonnés à son décès.

Beaucoup de législations étrangères ont ainsi résolu la question, et nous n'y trouvons aucune disposition nous intéressant spécialement; car il ne peut entrer dans notre plan de retracer l'organisation de l'absence dans toutes les législations (1). Nous ne mentionnons donc que celles où nous rencontrons des textes précis se référant au conjoint d'un absent.

Le nouveau Code civil italien de 1866 a justement réalisé les réformes que nous sollicitons savoir : la suppression du régime si complexe de l'article 124 et l'augmentation des droits de succession du conjoint (2).

L'article 26, 5^e alinéa, est ainsi conçu : le conjoint de l'absent, outre ce qui lui revient par conventions de mariage et à titre de succession peut en cas de besoin obtenir du tribunal une pension alimentaire qui se détermine suivant la condition de la famille et la valeur du patrimoine de l'absent. Dans le silence du Code Napoléon sur ce point nous avons précédemment admis que l'époux présent pouvait également obtenir des secours des héritiers de son conjoint; le législateur italien a cru nécessaire de consacrer expressément ce droit.

La *Belgique* n'a pas encore révisé sur ces matières le Code civil (3).

(1) Sur les droits de succession de l'époux survivant en droit comparé V. G. Boissonnade, *Histoire des droits de l'époux survivant*, 1874, p. 485 et sq.

(2) V. sur le second point les art. 753 à 758 du C. civ. Italien et M. Huc, I, p. 193 à 195.

(3) Mais il est intéressant de consulter l'avant projet de révision de M. Laurent : voici l'économie de son système :

— Art. 132. Si les époux sont communs en biens (dans le projet de M. Lau-

Les Codes civils des cantons suisses du *Valais* (art. 56) et de *Fribourg* (art. 388) ont formellement rejeté la continuation de la communauté lors de la déclaration d'absence de l'un des époux. Les articles 378 et 380 du Code civil du canton de Fribourg attribuent expressément pendant la première période de l'absence l'administration et la jouissance des biens de l'absent à l'époux présent.

L'article 140 du *Codé civil des Iles Ioniennes* (1) (du 10 mars 1841) est ainsi conçu : la femme de l'absent

rent, le droit commun serait la communauté universelle de tous biens présents et à venir, meubles et immeubles) le conjoint présent aura pendant la première période de l'absence l'administration de la communauté : il ne pourra disposer de biens qu'avec l'autorisation de justice comme il est dit en l'art. 115 : cet article exige la condition de la nécessité ou d'un avantage évident (comp. art. 457, n° alin. C. Nap. en matière de tutelle et d'aliénation de biens de mineur). Il sera pourvu s'il y a lieu à l'établissement des enfants par un avis du conseil de famille homologué par le tribunal sur les conclusions du ministère public (Cf. art. 511, C. Nap. pour les enfants de l'interdit).

« Quant au patrimoine propre des époux on observera ce qui sera dit à l'art. 211 et au titre du contrat de mariage.

Art. 211. En principe la femme mariée est pleinement capable.

Art. 1452. La communauté est administrée par les deux époux conjointement ; tel est le principe.

Art. 1453. Quand l'un des conjoints est dans l'impossibilité d'agir par suite d'absence..... l'autre a le droit d'administrer seul. Or l'art. 1473 interdisant à chacun des époux (sans distinguer entre le mari et la femme) d'aliéner seul ses biens propres, l'art. 1461 (par extension de l'art. 1427, C. Nap.) remplace ici l'autorisation de l'époux absent par celle de justice ; ce qui exclut absolument les actes de disposition à titre gratuit.

Lors de la déclaration d'absence tous les droits subordonnés au décès de l'absent s'ouvrent définitivement (M. Laurent supprime la distinction entre l'envoi en possession provisoire et l'envoi définitif) et comme il n'y a dit-il, aucune raison de donner à l'un de ces droits une préférence sur l'autre, la communauté sera donc dissoute de même que la succession sera ouverte. Le conjoint présent exercera ses reprises ainsi que tous ses droits légaux et conventionnels ; si les époux étaient mariés sous un autre régime on procédera en cas d'absence déclarée comme en cas de mort de l'un des conjoints. Pour les droits de succession de l'époux survivant. V. art. 793.

(1) V. Anth. de St-Joseph, II, p. 413, ...

déclaré, après que les personnes habiles à succéder auront obtenu l'envoi en possession provisoire, aura le choix de leur demander une pension alimentaire proportionnelle aux biens du mari et à ses propres besoins ou bien la restitution de sa dot et de toutes autres choses à elle appartenant avec l'obligation de donner caution sauf pour ses biens paraphernaux.

Plusieurs États de l'*Amérique* ont également proscrit le système de l'article 124 Code Napoléon. Nous citerons le *Canada*, articles 109 et 111 (1).

Le *Chili*, article 84.

Le *Pérou*, article 68.

La République de *Guatémala*, article 97.

La République de *San Salvador*, article 86.

Nous devons nous arrêter plus longuement sur les législations qui, s'étant inspirées du Code Napoléon, ont conféré à l'époux présent le droit d'empêcher, au moins sous certaines distinctions, l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent. — Citons en premier lieu le Code civil *Néerlandais* de 1838. L'article 39 permet à l'époux présent d'opter pour la continuation de la communauté pendant dix ans à partir du jugement qui déclare la présomption de mort. Cette disposition provoque la critique suivante de la part de M. Laurent (2) : « Maintenir la communauté avec un conjoint déclaré mort est une idée assez étrange. Puis, permettre à l'époux présent de se remarier (3) est une idée plus étrange encore quand on la met en regard du maintien de la communauté. »

(1) V. Loranger, 1873 I, p. 471 et sq.

(2) Avant projet de révision du *C. civ.* en note sous l'art. 132.

(3) V. Part, I, ch. de lég. comp.

Mais on peut dire que M. Laurent suppose gratuitement une décision qui serait plus qu'étrange. Il est évident, en effet, que cette faculté accordée par l'article 539 du Code Néerlandais à l'époux présent d'opter pour la communauté aura son terme si cet époux use de la faculté de se remarier (art. 549 à 551); il en serait exactement de même dans notre droit si l'époux présent dans les mêmes conditions, et réussissant à se faire passer pour veuf ou pour célibataire auprès de l'officier d'état civil, se remarierait.

Portugal (1), Code civil de 1867; il résulte des articles 82 et suivants de ce Code que l'époux présent *quel que soit le contrat de mariage* peut empêcher, *s'il n'y a pas d'enfants*, la *curadoria definitiva* (qui correspond à notre envoi en possession provisoire. Cf. système de M. Laurent), mais préalablement il y a lieu à un inventaire des biens et à un partage ou à une séparation suivant les conventions matrimoniales; ceci posé, l'époux présent peut conserver l'administration et la jouissance de tous les biens; il aura la libre disposition de tout ce qui lui a été reconnu ou attribué en propre lors des opé-

(1) Pour l'*Espagne*, où il n'y a pas encore de législation civile ferme, il serait difficile de donner des solutions certaines; — voici la traduction des articles du projet de Code civ. de 1882 se référant à notre sujet :

Art. 149. Le conjoint qui s'absente sera représenté par son conjoint présent non légalement séparé.

Art. 152. La déclaration d'absence intervient après 5 ou 10 ans.

Art. 153. L'administration des biens de l'absent sera conférée dans l'ordre établi en l'art. 186 aux personnes mentionnées dans ce texte (cet art. règle la délation de la tutelle des fous (*loros*) et sourds muets : en premier lieu au conjoint non légalement séparé.

Art. 154. La femme majeure pourra disposer librement de tous les biens quelconques qui lui appartiennent, mais elle ne pourra vendre échanger ni hypothéquer les biens propres du mari ni ceux de la société conjugale si ce n'est avec autorisation de justice.

Art. 156. L'administration cesse dans plusieurs cas : notamment *cuando se acredita la defuncion del ausente y comparezcan sus herederos testamentarios o abintestato*

Enfin *art. 157.* La déclaration de présomption de mort a lieu après 30 ans depuis la disparition de l'absent; sa succession est alors ouverte.

rations ci-dessus mentionnées, et sur les biens de l'absent les pouvoirs des envoyés définitifs, mais il fait immédiatement tous fruits siens : cette situation peut se prolonger pendant vingt années, où jusqu'à ce que l'absent ait atteint l'âge de quatre-vingt-dix ans.

Si l'absent se représente avant cette époque la société de biens est rétablie dans les termes où elle avait été stipulée.

S'il ne reparait que plus tard le conjoint présent n'est pas tenu de rétablir la société de biens ; les époux peuvent alors modifier leurs conventions matrimoniales pourvu que ce soit par écriture publique (V. l'art. 1097).

Si l'absent a laissé des enfants, la liquidation du contrat de mariage a lieu.

L'article 96 du Code civil de *Monaco* reproduit textuellement l'article 124 du Code Napoléon.

L'article 74 du Code civil du canton suisse de *Neuchâtel* dispose que l'époux pourra empêcher l'investiture provisoire et l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, et prendre ou conserver par préférence l'administration des biens de l'absent ; il n'est pas tenu de donner caution. C'est l'extension du bénéfice de l'article 124, Code Napoléon à tous les régimes matrimoniaux (1).

D'après le projet de Code civil *annamite* dont nous avons déjà parlé (2), l'épouse de premier rang conserve tant qu'elle n'est pas remariée, la gestion et la jouissance des biens de son mari absent ; ici encore nous rencontrons la généralisation de l'article 124, Code Napoléon. Elle devra contribuer à l'entretien des enfants ;

(1) V. la critique dans Jacottet, *Le droit civil Neuchâtelois*, 1879, p. 57. — Le Code civil de *Genève* est identique au C. Nap.

(2) V. Part. I, ch. de Législ. comp. — *Ann. de Lég. Fr.* 1883, p. 130 et sq. ; *Projet de C. civ. à l'usage des Annamites*, p. M. Lasserre, Saïgon, 1884. Exposé des motifs, p. 29 et sq.

les femmes de second rang tant qu'elles ne se remarient pas et qu'elles restent dans famille de l'absent auront droit à leur entretien.

En *Amérique* citons le Code civil de la *Bolivie* dont l'article 111 correspond à l'article 124 C. Nap. Observons que la caution est formellement exigée de l'époux qui opte pour la continuation de la communauté.

Art. 113. Si le conjoint demande la dissolution provisoire de la communauté il est procédé à la séparation des biens avec l'intervention de l'administrateur des biens de l'absent.

Comp. C. civ. d'*Haïti* : remarquons ici la brièveté des délais. L'absence est déclarée au bout de dix-huit mois et l'envoi en possession définitif a lieu après vingt ans.

C. civ. de l'*Uruguay*, art. 66 : si le conjoint présent n'a pas la qualité d'héritier il peut empêcher l'envoi en possession provisoire des biens et conserver l'administration des biens de l'absent : il peut aussi préférer la dissolution de la communauté et donner caution pour les choses sujettes à restitution.

La *République de Costa Rica* (1) suit également un droit très analogue à celui de notre article 124.

Le Code civil du *Mexique* de 1871, à raison de son importance réclame des développements particuliers. Le titre de l'absence y est longuement réglementé, puisqu'il ne comprend pas moins de 82 articles : (art. 696 à 777) nous ne rapporterons que celles de ces dispositions qui concernent les rapports pécuniaires des époux : (2)

(1) V. Salvador Jiménes, San José, 1871, I, p. 86 et 87.

(2) V. dans la *Revue de Droit international et de législation comparée* ann., 1872 p. 316 un article de critique de M. de Montluc sur le Code civil mexicain : cet auteur fait judicieusement remarquer la place qu'occupe dans ce Code le titre de l'absence, le dernier titre du liv. I, *De personnes* : l'absence est en effet, ainsi que nous l'avons dit au début, une modifica-

Il résulte des articles 704 et 705 que pendant la première période de l'absence le conjoint représente l'absent : si l'absent était marié en secondes noces, et qu'il y eût des enfants du précédent mariage, le conjoint et les enfants du précédent mariage s'entendront pour nommer le représentant de l'absent, sinon il sera nommé par le tribunal.

La déclaration d'absence intervient après l'expiration du délai uniforme de cinq ans. Il est fait inventaire des biens de l'absent et on procède à la liquidation conformément aux conventions matrimoniales (art. 747) voici quelle est alors la situation du conjoint : on fait la distinction suivante :

a. S'il a la qualité d'héritier, la communauté est liquidée au jour où la décision judiciaire déclarant l'absence aura eu force de chose jugée ; l'époux présent reprend ses biens propres, sa part des *gananciales* (acquêts de communauté), car le droit commun des régimes matrimoniaux, c'est la communauté réduite aux acquêts ; enfin il exerce ses droits d'héritier ; ajoutons qu'il est même dispensé de fournir caution (art. 741, 747, 748). — L'époux présent exerçant ses droits d'héritier fait siens tous les fruits (art. 750).

b. S'il n'a pas la qualité d'héritier, et d'autre part s'il n'a pas de biens propres dont il puisse exercer la reprise, et que la communauté d'acquêts se réduise à néant, il jouira du bénéfice exceptionnel de la continuation de la communauté (art. 751), ce qui pratiquement lui confère l'avantage de continuer à jouir des biens propres de son conjoint dont les fruits et revenus tombent dans la communauté d'acquêts.

tion de l'état de la personne, et à bien des points de vue constitue un état d'incapacité. Cf. le plan de Zachariæ adopté par MM. Aubry et Rau, tome I.

Le texte ajoute que l'époux présent pourra faire nommer un *interventor* pour sauvegarder les droits de l'absent. (Cf. art. 733.)

Si l'absent revient après la déclaration d'absence, la société de biens est rétablie si elle avait été dissoute, mais sans effet rétroactif, les acquêts (*gananciales*) faits entre temps par chacun des époux lui demeurent propres (art. 753).

Enfin l'article 754 dispose que si l'on apprend que la mort de l'absent est survenue à une époque antérieure à la déclaration d'absence ; il y a lieu à un nouveau partage, et les héritiers doivent restitution à l'époux survivant de ce qu'ils avaient reçu en trop : ce qui semble montrer que la liquidation de la communauté lors de la déclaration d'absence avait été opérée *ut ex nunc* sans rétroactivité au jour de la disparition ou des dernières nouvelles.

Les différences de cette organisation avec celle du C. Nap. apparaissent suffisamment d'après cet exposé rapide sans que nous croyions devoir y insister autrement.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

Positions prises dans la thèse.

1° La loi 14, au *Digeste*, XLIV, 7, *de obl. et act.* en ce qui touche l'acquisition par l'esclave d'une créance naturelle n'a pas une portée générale ; elle vise seulement les cas où la stipulation de l'esclave ne peut pas faire acquérir une créance civile au profit du maître.

2° Lorsqu'un *servus communis*, a stipulé une *pœna* pour le cas d'inexécution d'une obligation ayant pour objet la constitution d'une servitude au profit d'un fonds commun entre les mêmes maîtres, chacun des maîtres a droit à la *pœna* en proportion de la part de propriété qu'il a sur l'esclave et non sur le fonds.

3° La loi 25, § 1, VII, 1. *de usuf.* et la loi, 24 princ. XIX, 1, *de act. empti* peuvent se concilier ainsi : lorsqu'un *servus fructuarius* a fait une stipulation en vue d'un *mutuum* à intervenir, la créance sera acquise à l'usufruitier pourvu que les deniers soient fournis de son patrimoine et payés par l'esclave lui-même au promettant même après l'extinction de l'usufruit :

4° Le *servus captivi* ne pouvait pas stipuler un usufruit;

Positions prises hors de la thèse.

5° Lorsque le prêteur en *mutuum* n'était pas propriétaire, mais que l'*accipens* a consommé les deniers, il y a *reconciatio mutui*.

6° A l'époque classique le prodigue interdit ne pouvait pas s'obliger même avec le *consensus curatoris*, ou plutôt il n'y avait jamais de *consensus curatoris* pour le prodigue.

7° La loi 2, au *Dig. XXI, 2*, doit être interprétée en ce sens que l'acheteur, à qui la promesse du double n'a pas été faite, peut obtenir dès maintenant une condamnation pure et simple du vendeur au double du prix, seulement le prêteur lui opposera une exception de dol tant que l'éviction ne sera pas arrivée;

8° Un communiste n'a pas droit à une indemnité pour ses dépenses utiles.

DROIT CIVIL

Positions prises dans la thèse.

1° L'article 139 du Code civil doit être interprété dans un sens absolument restrictif.

2° Une femme d'absent qui s'est obligée sans autorisation de justice peut obtenir la nullité de son engagement sans avoir à prouver que son mari existait au jour du contrat ;

3° L'enfant né plus de trois cents jours depuis la disparition

du mari doit être écarté comme illégitime et de la succession du mari absent, et de celle de la mère.

4° L'article 124 édicte une véritable continuation de communauté qui se liquidera sans effets rétroactifs au jour de la disparition du conjoint.

Positions prises hors de la thèse.

5° L'article 299 du Code civil ne doit pas être appliqué à la séparation de corps;

6° L'article 761 du Code civil vise une véritable donation exigeant le consentement de l'enfant naturel;

7° Les ouvriers ne peuvent pas invoquer le contrat d'assurance fait par leur patron pour agir directement contre la compagnie;

8° Une femme peut demander la séparation de biens lorsqu'elle n'est pas nommée tutrice de son mari interdit.

DROIT PUBLIC

La loi de 1882 sur l'enseignement obligatoire n'est pas applicable aux enfants d'étrangers autres que ceux visés par l'article 13, Code civil.

PROCÉDURE CIVILE

1° La distraction des dépens n'est pas un transport de créance mais un bénéfice de la nature de la saisie-arrêt avec privilège au profit de l'avoué considéré comme premier saisissant.

2° L'avocat ou l'avoué appelé à siéger par intérim au tribunal n'est pas tenu de prêter auparavant un nouveau serment.

DROIT COMMERCIAL

L'engagement d'un acteur envers un directeur de théâtre ne peut à aucun point de vue être considéré comme un engagement commercial.

Vu par le doyen :

CH. BEUDANT.

Vu par le président de la thèse :

C. BUFNOIR.

Vu et permis d'imprimer :

Le vice-recteur de l'Académie de Paris.

GRÉARD.

DROIT ROMAIN

ERRATA

- P. 2. Dern. l. note 3, lire : Tit. vi.
P. 10. Note 1, l. 8 : — L. 1 xlv-1.
P. 14. 3^e l. : των οίκελων.
P. 25. N. 1, dern. l. L. 33 *de usuf.*
P. 26. N. 4 : Inst. II-3.
P. 32. 4^e l. : que les legs.
P. 33. Note 3 : L. 188 pr. L-16 *de verb. sign.*
P. 50. Note 2, l. 14 : *de obl. et act.*
P. 67. L. 20 : *cum pupillo.*
P. 71. N. 1, l. 1 : L. 44, § 1.
P. 72. N. 1 : L. 3, § 2.
P. 92. L. 7 : *ejus au lieu de jus.*
P. 93. Note 1 : L. 28, § 3.
P. 103. Note 1 de la p. préc., 1 alin. dern. l. : nommé *au lieu de* animé.
P. 106. Note 1. Lire : L. 8 *au lieu de* L. 3 et L. 19 xxiii-3 *au lieu de* L. 12.
P. 113. Note 2, l. 1 : § 4 *au lieu de* § 3.
P. 114. N. 1 : L. 25 *au lieu de* 55.
P. 115. Note 6 : L. 18, § 1 *au lieu de* § 2,
P. 117. Note 2 : L. 22 *au lieu de* 23.
P. 118, l. 2 : *stipuletur au lieu de* stiduletur ; l. 3 : *quid ratione au lieu de* uaratione.
P. 118. Interversion des notes 1 et 2.
P. 127. N. 1 : L. 23 *au lieu de* 15.
P. 140. Note 1, l. 4 : L. 7, § 8.
P. 141. Note 1, l. 1 : L. 22 *au lieu de* 23.
P. 146. Note 3 : L. 1, § 4, xli, 2, *de adq. vel am. poss.*
P. 150. Note 2 : L. 25, § 1 *au lieu de* 26, § 1,
P. 153. Note 1 : L. 77, L. 17.
P. 155. Note 2 : L. 19 *au lieu de* 10.
P. 163. Note 3, 4^e l. : *speratur au lieu de* operatus.
P. 166. Note 1, l. 1 : L. 13, § 2 *au lieu de* L. 14.
P. 167. l. 1 de note, rétablir : *quemadmodum os exceptum optegatur.*
P. 170. L. 15 : *futuro au lieu de* fulto.
P. 174. N. 3 : Com. II, n^o 186.
P. 178. N. 1, l. 1 : L. 41, xu-1 ; et l. 4 : L. 41 *au lieu de* 46.
P. 189. Note 2, fin du 2^e alin : L. 3, §§ 10 et 11 xv-1 *de pecul.*
P. 193. Note 1, l. 2 : L. 7 princ., L. 18 princ.

DROIT FRANÇAIS

ERRATA

- P. 9. Note 2 : *ita uxorem maritus jure...*
- P. 15. Transporter la note 4 à la p. 16, 9^e l.
- P. 40, l. 7 : sur les faits.
- P. 52, l. 8 : dans l'espèce ; l. 9 : la déclaration.
- P. 56. Note *in fine*, p. 49 et 50.
- P. 68, l. 27, supprimez : *n*°.
- P. 75, l. 9 : au lieu de aux droits lisez à la doctrine.
- P. 76, l. 2 : héroïque.
- P. 77, l. 8 : un trait avant : ou l'absent est de retour ; c'est la deuxième branche de l'alternative indiquée p. 76, l. 9 ; — l. 13 : inintelligible.
- P. 79, l. 16 : préalablement *au lieu de* probablement.
- P. 85, l. 6 : action en nullité du second mariage.
- P. 86. Note 2, l. 5 : qu'il croit pouvoir poser comme conforme ; l. 6 : et à l'esprit du Code : que tout enfant...
- P. 119. Lire : et les feintes *au lieu de* et les fuites.
- P. 134, l. 10 et 11 : dans son pays, voulait exercer de contracter...
- P. 142, l. 2 du § 3 : incapable.
- P. 147. Note 2, l. 2 : par la cour de Caen.
- P. 182, l. 23 : doit s'exécuter ; l. 26 : 17 août 1631.
- P. 183. Code civil, l. 2 : par ses rédacteurs.
- P. 185, l. 1 : édicté ; l. 20 : immédiat.
- P. 194, l. 12 : pour les différentes restitutions.
- P. 197. Note 1, l. 1 : malgré l'envoi en possession prononcé...
- P. 198, l. 2 : ne se montre pas ; note 1, l. 2 : courent de plein droit.
- P. 207. N. 1, l. 2 : au jour.
- P. 208. N. 1, l. dern. : présomption d'absence.
- P. 227, l. 3 : parce que de droit commun ; note 1 : l'observation du tribunal.
- P. 236, l. 21 : ne fut-il pas en vigueur... ; l. 22 : puisqu'un texte spécial.
- P. 245, l. 7 : compte.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DE STIPULATIONE SERVORUM

	Pages
INTRODUCTION.....	1
CHAPITRE I. — DE L'ESCLAVE APPARTENANT EN PLEINE PROPRIÉTÉ A	
UN SEUL MAÎTRE.....	13
SECTION I. <i>Conditions de capacité et de forme de la stipulation des esclaves</i>	13
§ 1. Conditions de capacité.....	13
§ 2. Conditions de forme.....	21
SECTION II. <i>De l'objet de la stipulation des esclaves</i>	24
§ 1. Des stipulations ayant pour objet une dation.....	24
§ 2. Des stipulations ayant pour objet un fait.....	26
SECTION III. <i>Effets de la stipulation de l'esclave</i>	37
§ 1. Effets de la stipulation de l'esclave à l'égard du maître....	37
§ 2. Effets de la stipulation de l'esclave à l'égard de l'esclave lui-même.....	49
SECTION IV. <i>Applications particulières du contrat verbal de stipulation</i>	59
§ 1. De la stipulation corréale.....	59
§ 2. De l' <i>adstipulatio</i>	59
§ 3. De la réception d'un fidéjusseur.....	61
§ 4. De la novation.....	64
§ 5. De la réception d'une acceptilation.....	68
APPENDICE. — DU RÔLE DE L'ESCLAVE DANS LE COMPROMIS.....	71
CHAPITRE II. — DE L'ESCLAVE APPARTENANT A PLUSIEURS MAÎTRES	77
SECTION I. <i>Principe ; le servus communis acquiert au profit de tous ses maîtres</i>	79
SECTION II. <i>Cas où le servus communis n'acquiert qu'à un ou à plusieurs maîtres</i>	92

	Pages
§ 1. Le <i>servus communis</i> stipule <i>nominatim</i> pour l'un de ses maîtres.....	93
§ 2. Le <i>servus communis</i> stipule sur le <i>jussus</i> d'un de ses maîtres.....	100
§ 3. Application de la règle: ce qui ne peut être acquis par l'un des maîtres est acquis par l'autre.....	104
CHAPITRE III. — DE DIFFÉRENTES SITUATIONS DANS LESQUELLES UN ESCLAVE PEUT SE TROUVER.....	111
SECTION I. De l'esclave dont la propriété est démembrée.....	111
ARTICLE I. Stipulations d'un esclave ayant un propriétaire <i>quiritaire</i> et un propriétaire <i>bonitaire</i>	112
ARTICLE II. De l'esclave grevé d'un droit d'usufruit.....	113
§ 1. Le <i>servus fructuarius</i> stipule <i>ex re fructuarii</i>	116
§ 2. Le <i>servus fructuarius</i> stipule <i>ex operis suis</i>	130
APPENDICE A L'ARTICLE II. — DU « <i>servus fructuarius</i> CONCERNANT LE <i>servus dotalis</i>	137
ARTICLE III. Du <i>servus usuarius</i>	138
SECTION II. De l'esclave possédé par un tiers.....	139
§ 1. De la possession de bonne foi.....	139
§ 2. De la possession de mauvaise foi.....	145
SECTION III. De la pluralité d'usufruitiers ou de possesseurs.....	149
§ 1. L'esclave a stipulé <i>ex re quæ ad utrosque pertinet</i>	150
§ 2. L'esclave a stipulé <i>ex re unius fructuariorum vel possessorum</i>	154
CHAPITRE IX. — DES ESCLAVES QUI N'ONT PAS DE MAÎTRE.....	159
§ 1. De <i>servi pœnæ</i>	159
§ 2. Du <i>servus fructuarius</i> affranchi par le nu-propriétaire....	160
§ 3. Du Romain prisonnier chez l'ennemi.....	162
§ 4. Du <i>servus derelictus</i>	162
§ 5. De l'esclave légué <i>per vindicationem</i>	164
§ 6. Du <i>servus hereditarius</i>	165
APPENDICE. — De l' <i>usucapio pro herede</i>	177
§ 7. Du <i>servus captivi</i>	179
APPENDICE. — DES STIPULATIONS DES FILS DE FAMILLE.....	185
§ 1. Du fils de famille qui n'a pas de pécule <i>castrans</i>	186
§ 2. Du fils de famille ayant un pécule <i>castrans</i>	191

DROIT FRANÇAIS

DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AU MARIAGE
ET AUX EFFETS DU MARIAGE

	Pages
INTRODUCTION.....	1

PREMIÈRE PARTIE

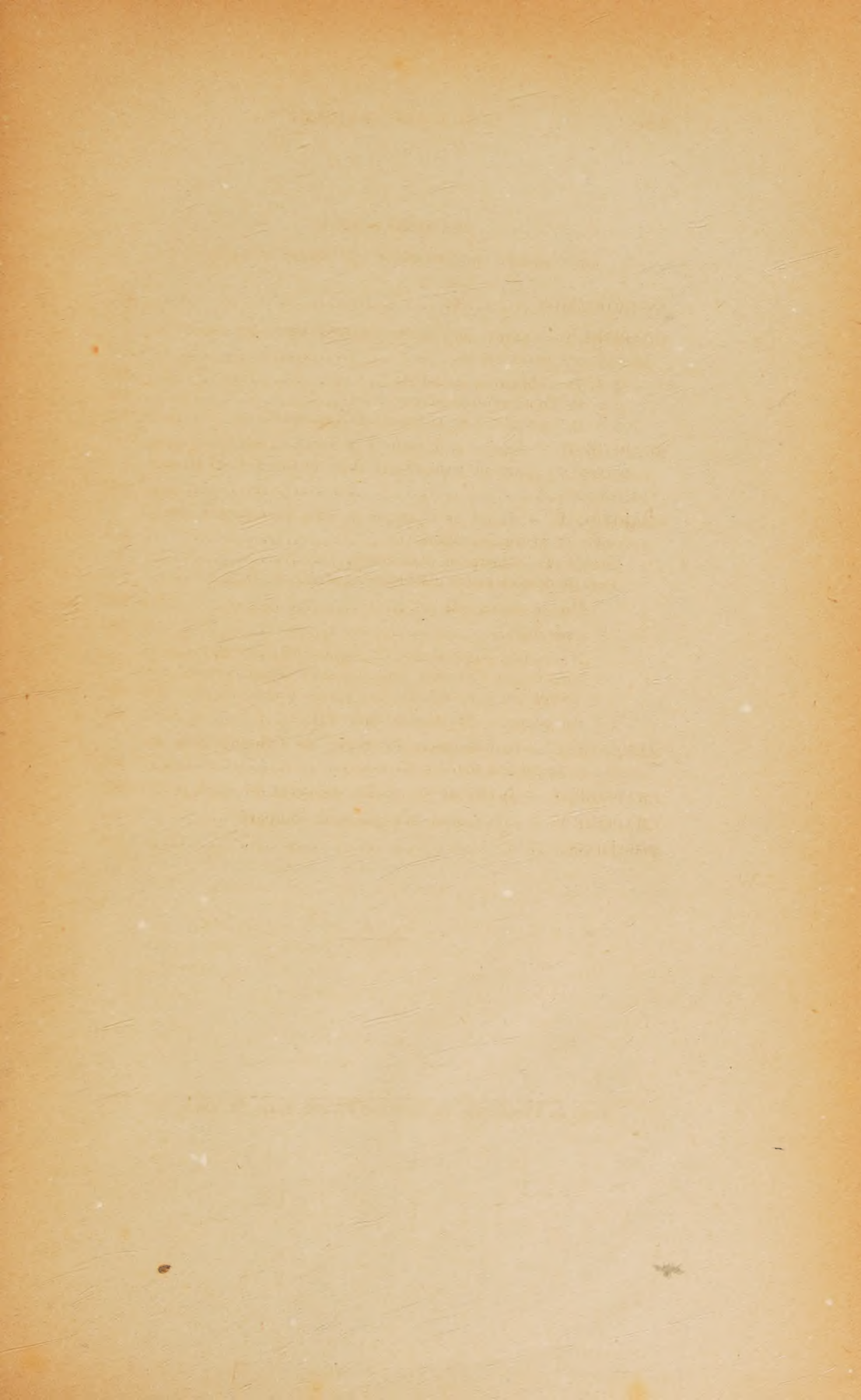
DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AU MARIAGE

HISTORIQUE.....	5
A. Droit romain.....	6
B. Ancien Droit français.....	13
C. Époque intermédiaire de 1789 au Code civil.....	23
D. Le Code civil..	27
CHAPITRE I. — DE L'ABSENCE CONSIDÉRÉE COMME CAUSE DIRECTE DE DISSOLUTION DU MARIAGE.....	31
De la preuve du décès des individus disparus dont la mort ne peut être constatée par un acte régulier de l'état civil.....	31
CHAPITRE II. — DE L'ABSENCE CONSIDÉRÉE COMME CAUSE DE DIVORCE.	61
CHAPITRE III. — DE LA NULLITÉ DU SECOND MARIAGE CONTRACTÉ PAR LE CONJOINT D'UN ABSENT.....	67
CHAPITRE IV. — LÉGISLATION COMPARÉE.....	95
SECTION. I. — <i>De la preuve du décès des individus disparus dans les législations étrangères.....</i>	<i>96</i>
SECTION II. — <i>Effets de l'absence relativement au mariage en droit comparé</i>	
Art. 1 ^{er} <i>Législations d'après lesquelles le conjoint d'un absent ne peut à aucune époque contracter une nouvelle union.....</i>	<i>102</i>
Art. 2. <i>Législations permettant au conjoint d'un absent de contrac- ter un nouveau mariage après l'expiration d'un certain délai</i>	<i>105</i>
§ 1. <i>Législations organisant un système de déclaration de décès.</i>	<i>105</i>
§ 2. <i>Législations admettant l'absence prolongée comme cause de divorce.....</i>	<i>122</i>
APPENDICE. — Législation des indigènes de nos colonies.....	126
ARTICLE III. — <i>Questions de Droit International privé.....</i>	<i>132</i>

DEUXIÈME PARTIE

DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AUX EFFETS DU MARIAGE.

INTRODUCTION.....	137
CHAPITRE I. — EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AUX DROITS ET OBLIGATIONS ENTRE EPOUX.....	139
§ 1. De l'obligation de fidélité.....	139
§ 2. De l'obligation de secours.....	140
§ 3. De l'incapacité de la femme de l'absent.....	142
CHAPITRE II. — EFFETS DE L'ABSENCE QUANT A LA PRÉSUMPTION DE PATERNITÉ A L'ÉGARD DU MARI ET PAR SUITE QUANT A LA LÉGITIMITÉ DES ENFANTS.....	153
CHAPITRE III. — EFFETS DE L'ABSENCE DE L'UN DES CONJOINTS RELATIVEMENT AU RÉGIME MATRIMONIAL.....	165
Période de présomption d'absence.....	167
Période de déclaration d'absence.....	173
<i>Notions historiques</i>	174
<i>Code civil</i>	183
1 ^o PRINCIPLE. — Dissolution du régime matrimonial lors de la déclaration d'absence, soit imposée à l'époux présent, soit facultative pour lui s'il n'use pas du bénéfice de l'art. 124.....	190
EXCEPTION. — Bénéfice de l'art. 124.....	219
APPENDICE. — Combinaison des règles de l'absence avec les règles de la contumace.....	256
CHAPITRE IV. — Droits de succession dérivant du mariage....	261
CHAPITRE V. — Conclusion, et législation comparée.....	267
POSITIONS.....	278



Paris. - Imp. du Fort-Carré, 19, Chaussée-d'Antin (A. Duroy, D^r).
